

# Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?

Hans-Joachim Cremer\*

## A. Einleitung

Ist Völkerrecht nur Rhetorik? Diese Frage zu stellen soll nicht implizieren, die Rednerkunst geringzuschätzen. Nach dem nur rhetorischen Charakter des Völkerrechts zu fragen soll vielmehr heißen: Ist Völkerrecht nur ein Sprachspiel? Oder noch genauer: Eine sprachliche Spielerei? Eine sprachliche Fassade zur Kaschierung eines rein interessegeleiteten Machtspiels, welches die Staaten der Erde auf der weltpolitischen Bühne inszenieren?

Anlass dazu, sich gegenwärtig die Frage zu stellen, ob Völkerrecht denn nur Rhetorik sei, gibt ein im Jahr 2005 erschienenes Buch, *The Limits of International Law* von Jack L. Goldsmith und Eric A. Posner, das in der Öffentlichkeit erhebliche Beachtung gefunden hat.<sup>1</sup> Die beiden Autoren wollen darin nicht nur die Fragen beantworten, warum das Völkerrecht keine wirksamen zentralen Einrichtungen der Rechtsetzung, der Exekutive und Judikative kenne und warum es den mächtigen Staat gegenüber dem schwachen privilegiere. Sie wollen untersuchen, warum es – vielfach, wie es zunächst heißt – das internationale Staatenverhalten schlicht widerspiegele und warum es oft ungestraft gebrochen werde. Erklären wollen Goldsmith und Posner, wie das Völkerrecht in der Praxis funktioniert, wie es das Verhalten der sehr unterschiedlich ausgestatteten Staaten beeinflusst, wann und warum Staaten Völkerrecht einhalten und – so wörtlich – “*why it plays such an important role in the rhetoric of international relations*”.<sup>2</sup> Wiederholt beteuern sie, die Existenz des Völkerrechts nicht in Frage zu stellen.<sup>3</sup> Letztlich leugnen sie aber – auch wenn ihre Sprache gelegentlich scheinbar in eine andere Rich-

---

\* Prof. Dr. Hans-Joachim Cremer, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Mannheim. Mein besonderer Dank gilt Frau Assessorin Eva-Maria Steinberger und Herrn Referendar Markus Fyrnys.

<sup>1</sup> Vgl. die Besprechungen bei Paul Schiff Berman, *Seeing Beyond the Limits of International Law*, in: *Texas Law Review* 84 (2006), 1265 ff.; Andrew T. Guzman, *The Promise of International Law*, in: *Virginia Law Review* 92 (2006), 533 ff.; Oona A Hathaway/Ariel N. Levinbuk, *Rationalism and Revisionism in International Law*, in: *Harvard Law Review*, 119 (2006), 1404 ff.; Detlev F. Vagts, *International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defense*, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), 1031 ff.; Anne van Aaken, *To Do Away with International Law? Some Limits to the “Limits of International Law”*, in: *European Journal of International Law*, 17 (2006), 289 ff.

<sup>2</sup> Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, 2005, 3.

<sup>3</sup> Die Leugnung des Völkerrechts halten sie für einen “*misleading claim*” (Goldsmith/Posner, [Anm. 2], 3).

tung deutet<sup>4</sup> – doch dessen Verbindlichkeit und unternehmen einen Fundamentalangriff gegen seinen Charakter als Recht.

Freilich ist die Leugnung des Völkerrechts als solches oder auch nur die Leugnung seiner Rechtsqualität offenbar so alt wie das moderne Völkerrecht. *“Atque eo magis necessaria est haec opera, quod et nostro saeculo non desunt et olim non defuerunt, qui hanc iuris partem ita contemnerent, quasi nihil eius praeter inane nomen existeret”*, schrieb schon Hugo Grotius (1583-1645) in den Prolegomena 3 zu seinem Werk *De Jure Belli ac Pacis*.<sup>5</sup> Für den Zeitgenossen Thomas Hobbes (1588-1679) steht *“the law of nations”* dem *“law of nature”* gleich;<sup>6</sup> im Naturzustand herrsche ein Krieg aller gegen alle, in dem nichts ungerecht sei.<sup>7</sup> Auch Georg Wilhelm Friedrich Hegel sieht die Staaten infolge ihrer Souveränität in ihrem äußeren Verhältnis zueinander *“insofern im Naturzustande gegeneinander, und ihre Rechte haben nicht in einem allgemeinen zur Macht über sie konstituierten, sondern in ihrem besonderen Willen ihre Wirklichkeit”*.<sup>8</sup> Alle zwischenstaatlichen Rechtsverhältnisse verbleiben damit im Stadium des bloßen *“Sollens”*.<sup>9</sup> *“Die Kantische Vorstellung eines ewigen Friedens durch einen Staatenbund, welcher jeden Streit schlichtete und als eine von jedem einzelnen Staate anerkannte Macht jede Misshelligkeit beilegte und damit die Entscheidung durch Krieg unmöglich machte,<sup>10</sup> setzt die Einstimmung der Staaten voraus, welche auf moralischen, religiösen oder welchen Gründen und Rücksichten, überhaupt immer auf besonderen souveränen Willen beruhte und dadurch mit Zufälligkeiten behaftet bliebe.”*<sup>11</sup> Die zufällige *“Einstimmung der Staaten”* scheint durch jeden einzelnen Staat kraft seines souveränen Willens jederzeit frei aufkündbar zu sein. Denn die völkerrechtlichen Bestimmungen der Hegung

<sup>4</sup> So wird etwa formuliert: “[...]; international law requires all states to keep their treaties, regardless of the domestic political arrangements of the promisor or the promisee” (Goldsmith/Posner, [Anm. 2], 192).

<sup>5</sup> Zitiert nach Friedrich Berger, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd. I, 2. Aufl. (1975), 9, Fn. 47.

<sup>6</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan with Selected Variants from the Latin Edition of 1668*, Edwin Curley (Hrsg.), 1994, Chap. XXX, 30.

<sup>7</sup> Hobbes (Anm. 6), Chap. XXX, 1 ff., 13.

<sup>8</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Johannes Hoffmeister (Hrsg.), Nachdruck d. 4. Aufl. (1955), 1967, § 333. Hegels Satz: *“Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden”* (*ibid.*, § 331), bezeichnet Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, 2004, 149, zu Recht als *“Paukenschlag”*. Hegel schließt daraus: ein Staat sei *“gegen den anderen in souveräner Selbständigkeit”*.

<sup>9</sup> Herbert Schnädelbach, *Die Verfassung der Freiheit*, in: Ludwig Siep (Hrsg.); G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1997, 243 (264).

<sup>10</sup> S. Immanuel Kant, *Zum Ewigen Frieden* (1795/1796), in: Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Werkausgabe in zwölf Bänden*, Bd. XI, 10. Aufl. 1993, 193 ff., insbes. Zweiter Definitivartikel, 208 ff. S.a. ders., *Die Metaphysik der Sitten*, in: Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Werkausgabe in zwölf Bänden*, Bd. VIII, 9. Aufl. 1991, *Des öffentlichen Rechts zweiter Abschnitt: Das Völkerrecht*, §§ 53 ff., S. 466 ff., insbes. § 61, S. 474 f. – S.a. Jürgen Habermas, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem Abstand von 200 Jahren*, in: ders., *Die Anerkennung des Anderen*, 1996; ders., (Anm. 8), 117 ff.

<sup>11</sup> Hegel (Anm. 8), § 333 (Hervorhebungen ggü. dem Original verändert).

und Friedensorientierung<sup>12</sup> des Krieges, eines “Zustandes der Rechtlosigkeit”,<sup>13</sup> bleiben ohne Sanktionsmöglichkeiten;<sup>14</sup> eine gewisse Bedeutung kommt ihnen nur – aber immerhin – insofern zu, als sie eine Grundlage in der allgemeinen Gesittung der modernen Nationen haben.<sup>15</sup>

Goldsmith und Posner, die sogar eine moralische Verbindlichkeit des Völkerrechts bezweifeln,<sup>16</sup> stehen Niccolò Machiavelli näher, für den ein Herrscher, um Bedeutendes zu leisten, dort, wo die Auseinandersetzung “mit Hilfe des Rechts” nicht zum Ziel führe, zur Gewalt greifen müsse:<sup>17</sup> “Ein kluger Machthaber kann und darf daher sein Wort nicht halten, wenn ihm dies zum Schaden gereichen würde und wenn die Gründe weggefallen sind, die ihn zu seinem Versprechen veranlaßt haben.”<sup>18</sup>

## B. Der Ansatz von Goldsmith und Posner

Wie aber kommen Goldsmith und Posner dazu, zwar einen gewissen praktischen Nutzen des Völkerrechts anzuerkennen, dabei aber seine Verbindlichkeit zu verneinen? Die beiden verfolgen einen Ansatz, der nach ihrer Überzeugung die Betrachtung des Völkerrechts und der Realitäten internationaler Politik integriert. Sie heben zwei – ihres Erachtens regelmäßig vernachlässigte – Elemente internationaler Politik hervor: die Macht und das Interesse des Staates. Methodologisch stützen sie sich auf die “*rational choice theory*”, verstanden als eine Theorie, nach welcher Staaten sich rational verhalten, um ihre Interessen im Angesicht der Interessen anderer Staaten und der Verteilung staatlicher Macht weitest möglich zu verwirklichen.<sup>19</sup> Ziel der Autoren ist es, den Begriff des staatlichen Interesses mit einfachen *rational-choice*-Modellen zu verbinden, um eine “*comprehensive theory of interna-*

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 338: “Darin, daß die Staaten sich als solche gegenseitig anerkennen, bleibt *auch im Kriege*, dem Zustande der Rechtlosigkeit, der Gewalt und Zufälligkeit, ein *Band*, in welchem sie an und für sich seiend füreinander gelten, so daß im Kriege selbst der Krieg als ein Vorübergehensollendes bestimmt ist. Er enthält damit die völkerrechtliche Bestimmung, dass in ihm die Möglichkeit des Friedens erhalten, somit z.B. die Gesandten respektiert, und überhaupt, dass er nicht gegen die inneren Institutionen und das friedliche Familien- und Privatleben, nicht gegen die Privatpersonen geführt werde.” (Hervorhebungen im Original).

<sup>13</sup> Hegel (Anm. 8), § 338 (s. das Zitat in Anm. 12).

<sup>14</sup> S. das Zitat o. bei Anm. 8.

<sup>15</sup> Schnädelbach (Anm. 9), 264. S.a. Hegel (Anm. 8), § 339: “Sonst beruht das gegenseitige Verhalten im Kriege (z.B. dass Gefangene gemacht werden) und was im Frieden ein Staat den Angehörigen eines anderen an Recht für den Privatverkehr einräumt u.s.f., vornehmlich auf den *Sitten* der Nationen, als der inneren unter allen Verhältnissen sich erhaltenden Allgemeinheit des Betragens.” (Hervorhebung im Original).

<sup>16</sup> 185 ff.

<sup>17</sup> Niccolò Machiavelli, *Der Fürst*, Rudolf Zorn (Übers., Hrsg.), 1978, 71 f.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 72. S. aber auch Spinoza, *Tractatus politicus* III 14: “*Hoc foedus tamdiu fixum manet, quamdiu causa foederis pangendi, nempe metus damni, seu lucri spes in medio est*” (zitiert nach Berber [Anm. 5], 9, Fn. 53).

<sup>19</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 3, 7.

*tional law*”, eine umfassende Theorie des Völkerrechts, zu entwickeln und dabei normative Schlüsse zu ziehen (in ihren Worten: “*We also draw normative lessons from our analysis.*”).

Goldsmith und Posner gehen dabei davon aus, dass es – im Einklang mit dem Völkerrecht – auf das Interesse von Staaten als den relevanten handlungsfähigen Subjekten ankomme, und sie identifizieren Staateninteressen als die – inhaltlich nicht weiter eingegrenzte – Bevorzugung bestimmter Folgen und Ergebnisse (“*preferences about outcomes*”) durch die “*state leaders*”, die Staatslenker, also insbesondere die Regierungsspitzen.<sup>20</sup> Im staatlichen Interesse drückt sich dabei eine (moralisch neutrale) konsistente, vollständige Ordnung aus.<sup>21</sup> Ausdrücklich jedoch schließen Goldsmith und Posner aus, dass ein Staat ein Interesse habe, welches als solches darauf gerichtet sei, Völkerrecht einzuhalten; ihres Erachtens wird staatliches Verhalten durch ein solches Interesse nicht gelenkt; es komme auf Präferenzen für andere Güter wie Sicherheit, wirtschaftliches Wachstum oder ähnliches an.<sup>22</sup>

Unter ihrem *rational choice*-Ansatz gehen Goldsmith und Posner davon aus, dass Staaten nicht nur Interessen (*interests*), sondern auch bestimmte Fähigkeiten (*capacities*) haben. Zu den Fähigkeiten zählen sie militärische Stärke, wirtschaftliche Einrichtungen, natürliche Ressourcen sowie Humankapital. Die Interessen werden von den politischen Führern festgelegt, die dabei die Präferenzen der Bürger und Gruppen eines Landes berücksichtigen. Goldsmith und Posner nehmen an, dass unter der Bedingung, dass für zwei Staaten die Fähigkeiten und Interessen des je anderen vollständig transparent erkennbar wären und es keine Transaktionskosten gäbe, sich im Verhältnis zwischen diesen Staaten ohne weiteres ein Gleichgewicht einstellen würde. Es komme zu einer Aufteilung kollektiver Güter wie Radiofrequenzen, Fischfanggründe und Bodenschätze, die stabil bleibe, solange auch die Fähigkeiten und Interessen konstant blieben, die sich aber gleichsam verzugslos anpasse, sobald sich die Fähigkeiten und Interessen irgendwie veränderten. Dies sei jedoch ein Idealfall. In der wirklichen Welt gebe es Transaktionskosten und die Information übereinander sei unvollkommen. Dadurch vollzögen sich Anpassungen an Veränderungen der Fähigkeiten und Interessen langsam und suboptimal.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 10 f.

## C. Goldsmiths und Posners Erklärung zwischenstaatlichen Verhaltens

### I. Vier Ursachen für das Staatenverhalten nach Goldsmiths und Posners *rational-choice*-Ansatz

Werde das Verhältnis zwischen zwei Staaten als ein Regelwerk (*a set of rules*) betrachtet, so ließen sich vier Ursachen für das Verhalten von Staaten zueinander unterscheiden: *coincidence of interest*, *coordination*, *cooperation* und *coercion* – also (zufälliger) Einklang der Interessen, Koordination, Kooperation und Zwang.<sup>24</sup>

An einem ihrer Beispiele<sup>25</sup> lassen sie sich anschaulich erläutern: Zwei Staaten A und B haben eine gemeinsame Landgrenze. Diese Grenze lasse sich als Regel verstehen, wonach das Territorium der beiden Staaten zueinander abgegrenzt sei und keiner der Staaten Personen oder Objekte über die Grenze schicken dürfe ohne die Erlaubnis des anderen Staates. Grund für die Respektierung dieser Grenze könne zum einen ein Interesseneinklang sein: A und B sind beide jeweils intern so schwach, dass sie es gerade schaffen, ihr Territorium zu kontrollieren und nicht daran interessiert sind, Kräfte zu verschleißeln, um Ressourcen auf fremdem Staatsgebiet auszubeuten. Ihre Interessen befinden sich folglich in (zufälligem) Gleichklang.

Anders seien die Interessen gelagert, wenn beide Staaten aus der Erweiterung ihres Territoriums jeweils zwar Vorteil zögen, ihnen jedoch die Beherrschung eines größeren Raumes zugleich auch Kosten verursachte, die – so wird man ergänzen müssen – den Gewinn ganz oder beinahe vollständig aufzuzehren drohten. Hier sei es für beide Seiten, um einen verlustreichen Konflikt zu vermeiden und für die Zukunft planen zu können, wesentlich zu klären, wo genau die Grenze verlaufe. In dieser *Koordination* komme zum Ausdruck, dass es sich für beide Staaten auszahle, wenn sie ein gleiches oder symmetrisch-spiegelbildliches Verhalten zeigten.

Zur darüber hinausgehenden *Kooperation* dagegen komme es, wenn A und B zwar jeweils durchaus davon profitieren würden, sich Gebiete des anderen einzuverleiben, beide Staaten jedoch wüssten, dass sich der andere jedem Versuch einer solchen territorialen Ausdehnung widersetzen würde. Hier komme es – sei es implizit oder explizit – zu einer *Einigung* auf einen Grenzverlauf, der den Fähigkeiten und Interessen beider entspreche. Die Grenze werde durch wechselseitige Vergeltungsdrohung vor Übergriffen aufrechterhalten. In dieser Kooperations-situation enthielten sich beide Seiten um mittel- oder langfristiger Vorteile willen einer Verfolgung ihres (kurzfristigen) unmittelbaren Eigeninteresses.

Schließlich könne auch zwischen den zwei Staaten ein steiles Machtgefälle bestehen, auf Grund dessen etwa der starke Staat B dem schwächeren, mit seiner territorialen Lage an sich zufriedenen Staat A eine Gebietsabtretung abnötigen könne.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, 11 f.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 11 f.

In solchen und ähnlichen Fällen bewirke der von einem mächtigen Staat (oder einer Koalition von Staaten mit konvergierenden Interessen) ausgeübte Zwang, dass schwächere Staaten sich im Widerspruch zu ihren – eigentlich, in Abwesenheit der Zwangslage bestehenden – Interessen verhielten.<sup>26</sup>

Goldsmiths und Posners Kernthese lautet, dass diese vier Grundmodelle der Interessenlagen – also (zufälliger) Einklang der Interessen, Koordination, Kooperation und Zwang (*coincidence of interest, coordination, cooperation* und *coercion*) – das Verhalten der Staaten erklärten, das mit dem Völkerrecht in Verbindung gebracht werde (*“the state behaviors associated with international law”*).<sup>27</sup> Mit ihrer Hilfe lasse sich das Verhalten der Staaten, das mit dem Völkerrecht in Verbindung gebracht wird, anders erklären, als dies gemeinhin geschehe. Denn traditionell werde Völkerrecht als eine Beschränkung staatlicher Interessenverfolgung (*a check on state interests*) verstanden, die einen Staat dazu bringe, sich im Widerspruch zu seinen Interessen zu verhalten. Nach Goldsmith und Posner dagegen entsteht – im krassen Gegensatz zur traditionellen Sichtweise – Völkerrecht gerade daraus, dass Staaten auf der internationalen Bühne selbstsüchtig ihre Eigeninteressen verfolgen. Dieser Ansatz läuft darauf hinaus, Völkerrecht als ein – bloßes – Instrument staatlicher Interessenverfolgung anzusehen.

Ihre These versuchen Goldsmith und Posner am Völkergewohnheitsrecht und am Vertragsrecht zu explizieren.

## II. Erläuterung der Thesen am Völkergewohnheitsrecht

Was das Völkergewohnheitsrecht betrifft, so behaupten sie, regelmäßige, wiederkehrende Muster staatlichen Verhaltens ließen sich mit ihren vier Modellen der Interessenverfolgung rekonstruieren und erklären. So könne es sein, dass wir ein gleichförmiges Verhalten aller oder der meisten Staaten feststellen – etwa dass in Kriegszeiten kein Staat zivile Fischerboote, welche die Flagge des Feindes führen, aufbringt. Dies lasse sich schlüssig daraus erklären, dass Staaten, indem sie ein Priisenrecht nicht auf die zivile Fischfangflotte des Feindes erstreckten, (rein) interessegeleitet agierten, dabei aber durchaus unterschiedliche Interessenlagen meisterten: So mag der Verzicht auf das Aufbringen von Fischerbooten des Feindes bei der ersten Gruppe von Staaten einer zufälligen Interessenübereinstimmung entsprechen (vielleicht verursacht sie zu hohe Kosten, weil sie die Kräfte der Kriegsmarine bindet und/oder keinen nennenswerten Vorteil verspricht). Bei der zweiten Gruppe von Staaten kommt es zur Kooperation etwa in der Weise, dass zwei Staaten X und Y beide profitieren, ob sie beide nun Fischerboote des je anderen Staates aufbringen oder beide gänzlich darauf verzichten (wobei der beiderseitige Verzicht die für beide beste Lösung darstellt), dass aber der je andere ins Hintertreffen gerät, wenn der eine die Fischerboote des anderen angreift, der andere jedoch stillhält. In

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, 12.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 13.

solchen Konstellationen, die wir als Gefangenendilemmata kennen, kann sich, wenn sie sich wiederholen, ein Gleichgewicht einstellen.<sup>28</sup> Bei einer dritten Gruppe sei entscheidend, dass, welches Verhalten auch gewählt werde, alle letztlich gleichförmig handelten – dies sei die typische Koordinationssituation (im Prisenbeispiel dürfen wir hier eine Art Nullsummenspiel annehmen: Das Aufbringen der Boote ist so aufwendig, dass es jeden möglichen Vorteil aufzehrt).<sup>29</sup> Schließlich ist es bei einer vierten Gruppe von Staaten auch möglich, dass je ein Staat, der selbst gar kein Interesse an einem Prisenrecht hat, kraft überlegener Stärke andere Staaten durch Drohungen davon abhält, seine zivilen Fischerboote aufzubringen.<sup>30</sup> Für Goldsmith und Posner erklärt sich in Abwesenheit völkerrechtlicher Vereinbarungen gleichförmiges Staatenverhalten aus zufälliger Interessenübereinstimmung (erste Gruppe), Kooperation (zweite Gruppe), Koordination (dritte Gruppe) oder Zwang (vierte Gruppe).

Völkergewohnheitsrecht lasse sich daher modellhaft am besten rekonstruieren als Verhaltensregelmäßigkeiten, die entstünden, wenn Staaten ihre Interessen verfolgten.<sup>31</sup> Völkergewohnheitsrecht spiegele diese Verhaltensmuster lediglich wider. Das Verhalten der Staaten lasse sich demgegenüber nicht damit erklären, dass sie aus Rechtsüberzeugung, aus einer “*sense of legal obligation*”, einer universellen Praxis folgten.<sup>32</sup>

### III. Erläuterung der Thesen am Völkervertragsrecht

Was das Völkervertragsrecht angeht, so meinen Goldsmith und Posner, zwischenstaatliche Vereinbarungen erleichterten den Interessenausgleich durch Koordination oder Kooperation. Die Situation des Interesseneinklangs und der Zwangsausübung durch einen Mächtigen träten nicht in Reinform auf, sondern würden infolge der aktiven Suche nach Verständigung durch Kooperationsaspekte ergänzt. Als entscheidend erscheint, dass durch Kommunikation nicht nur die Interessenlage geklärt wird, sondern auch die Frage, welches Verhalten als Durchbrechung eines zunächst eingespielten Verhaltensmusters gilt (etwa ob es sich um die Aufbringung eines zivilen Fischerbootes handelt, wenn dieses feindliche Spione befördert).<sup>33</sup>

Multilateralen Vertragssystemen ist nach Ansicht der Autoren – auch wenn sie auf den Schutz kollektiver Güter wie etwa internationaler Fischfanggründe zielten – eine zweistufige Logik eigen: Auf der ersten Stufe kämen Staaten zusammen, um Absprachen auszuhandeln; auf der zweiten Stufe kooperierten die Staaten jeweils

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, 29 ff., 32 ff., 40 ff.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 32 f.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 28 f.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 26, 39.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 85.

paarweise (oder widersetzten sich einer Kooperation), wobei jeder Staat eines solchen Paares sich so lange an die Absprache halte, wie es der andere Staat auch tue. Soweit die Vertragsbedingungen den Nutzen zwischen diesen zwei Staaten nicht maximierten, könnten sie etwas Abweichendes vereinbaren; häufig sei jedoch eine Neuverhandlung zu kostspielig, so dass die bisherige Absprache weiter befolgt werde.<sup>34</sup> Solange in einem Vertragsregime die Verletzung von Vertragspflichten gegenüber der einen Partei durch Drittstaaten nicht geahndet werde, bestünden im Lichte der Erkenntnisse der Spieltheorie Zweifel daran, dass ein solches Vertragsregime tatsächlich kollektive Güter schaffe.<sup>35</sup>

Insgesamt meinen Goldsmith und Posner, dass wer eine Analogie im innerstaatlichen Recht suche, in Abkommen zwischen Staaten eine Ähnlichkeit nicht etwa mit bindenden Verträgen oder Gesetzen entdecken könne, sondern mit "*the nonbinding letter of intent*", also einer unverbindlichen (!) Absichtserklärung.<sup>36</sup>

Doch wenn internationale Abkommen unverbindlichen Absichtserklärungen unter Privaten gleichen, weshalb begnügen sich Staaten dann nicht mit ebenso informellen Verständigungen? Weshalb lassen sie sich dann überhaupt darauf ein, völkerrechtliche Verträge zu schließen? Goldsmith und Posner halten hierfür drei Erklärungen bereit:

Erstens erfordere der Abschluss völkerrechtlicher Verträge innerstaatlich regelmäßig einen Akt legislativer Zustimmung und damit ein Verfahren, das wichtige Informationen darüber zu Tage fördere, welche Wertschätzung der Vertrag nicht nur bei dem nach außen auftretenden Staatsoberhaupt oder Regierungschef genieße, sondern auch bei dem zuständigen Legislativorgan. Die Beobachtung des internen Zustimmungsverfahrens erlaube es dem Vertragspartner abzuschätzen, wie weit in diesem Staate die politische Unterstützung für das Vertragsziel (z.B. nukleare Abrüstung) trage.<sup>37</sup>

Zweitens schüfen völkerrechtliche Regeln über Verträge, zumal das Wiener Vertragsrechtsübereinkommen, als "*default rules*" allgemeine Klarheit darüber, wie das Abkommen ausgelegt werde und welche Bedeutung etwa Vorbehalten zukomme, die eine Vertragspartei anbringe.<sup>38</sup>

Schließlich signalisiere die Wahl des rechtsförmlichen Übereinkommens drittens auch, dass ein Staat ernstlich gebunden sein wolle und vom vereinbarten Inhalt nicht abweichen werde.<sup>39</sup>

Vertragstreue beruht nach Ansicht von Goldsmith und Posner nicht darauf, dass die in einem Staat Verantwortlichen meinten, dies sei richtig (*the right thing to do*).<sup>40</sup> Die Autoren schließen sich denjenigen an, welche die Befolgung von

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, 87.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 88.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 90, s.a. 202 f.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 91 ff.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 95 ff.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 98 f.

<sup>40</sup> *Ibid.*, 100.



Verträgen instrumentell erklären: Staaten hielten sich an Abkommen, wenn dies in ihrem rationalen Selbstinteresse liege.<sup>41</sup> Angetrieben würden sie dazu weniger durch die Sorge um ihre Reputation als durch die Angst davor, dass ihr Vertragspartner sonst Vergeltung übe oder die Lösung des Interessenkonflikts sonst versage.

Dabei wenden sie sich auch gegen die Auffassung, die Beamten und Mitarbeiter in Behörden und Ministerien internalisierten die Pflicht zu völkerrechtlicher Vertragstreue, was bewirke, dass Staaten sich vertragskonform verhielten. Sie sehen hierfür keinen Beweis. Schlüssig sei vielmehr die Annahme, dass die Bürokratie teils in der Vertragstreue rational einen Vorteil sehe, teils sich ihr Funktionieren verselbständige und zur Vertragserfüllung führe, obwohl dies dem Interesse des Staates nicht diene. In Parallele zur Führung eines Unternehmens werde zwar für gewöhnlich der politische Führer wie ein Top-Manager (*CEO, chief executive officer*) einen Rechtsberater des Unternehmens mit der Überwachung der getreulichen Erfüllung von Verträgen betrauen. In einem hinreichend bedeutenden Fall werde diesem jedoch der “*chief*” die Entscheidungsbefugnis entziehen und selbst darüber befinden, ob ein Vertrag erfüllt oder gebrochen werden solle.<sup>42</sup>

Goldsmith und Posner erläutern ihre Thesen auf zwei Referenzfeldern, dem Schutz der Menschenrechte<sup>43</sup> und dem internationalen Handel.<sup>44</sup> Das Funktionieren des Welthandels erklären sie mit Hilfe der Modelle der Kooperation und Koordination.<sup>45</sup>

Was die Achtung der Menschenrechte betrifft, so sei es irreführend zu sagen, sie beruhe auf der Befolgung internationaler Normen. Denn diese Normen lieferten nicht die Motivation. Vielmehr fehle den menschenrechtsfreundlichen Staaten zu- meist schon von vornherein jegliches Interesse an Verletzungen der Menschenrechte.<sup>46</sup> Auch würden sie ihre vertraglichen Verpflichtungen durch Anbringen von Vorbehalten, “*understandings*” und Erklärungen individuell so zuschneiden, dass sie ihr ohnehin geübtes Verhalten gar nicht ändern müssten.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> *Ibid.*, 100 f.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 104 f. Als weitere Punkte, die gegen eine durch die ministerielle Bürokratie vermittelte Vertragserfüllungsneigung von Staaten sprechen, wird angeführt, dass Behörden und Ministerien neben Vertragstreue noch andere, damit konkurrierende Ziele hätten und dass verschiedene Stellen innerhalb eines Staates in ihrer Zielverfolgung in Konflikt geraten könnten (*ibid.*, 105 f.).

<sup>43</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 107 ff.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 135 ff.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 135 ff., s. insbes. 149 sowie 154 zum GATT-Abkommen: “[...] The continued recourse to the GATT adjudication system occurs when the states seek to cooperate over the trade issue at stake and believe that the GATT system provides higher-quality decisions than alternative forums or institutions. The GATT adjudication system is less like a government than like the private arbitrations systems that obtain business from firms by developing a reputation for impartiality, so that disputes between parties that seek to continue to cooperate can be resolved in a neutral fashion.” S. zur WTO *ibid.*, 158 ff.

<sup>46</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 111.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 111 f.

## D. Die Bedeutung des Völkerrechts nach Goldsmith und Posner, ihre Völkerrechtsleugnung

Die Sprache des Völkerrechts hat in Goldsmiths und Posners Welt eine rein instrumentelle Funktion: Ob sie zu Aushandlung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge oder etwa im Streit darüber gebraucht wird, ob das Aufbringen eines der Spionage verdächtigen Küstenfischerbootes in feindlichen Gewässern den Bruch einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel darstelle: Stets dient sie schlicht dazu, Informationen über die Interessenlage zu übermitteln. Dies gelte ungeachtet ihres Charakters als *language of obligation*.<sup>48</sup>

Im Ergebnis sprechen Goldsmith und Posner dem Völkerrecht die Verbindlichkeit ab. Völkerrecht übt in ihren Augen keinen *“compliance pull”* aus, es entfaltet keine Zugkraft in Richtung der Befolgung seiner Normen. Es ist schlicht das Abbild von Interessengleichgewichten. In dem Maße aber, wie diese sich verschieben, verändert sich Goldsmith und Posner zufolge offenbar auch der Inhalt des Völkerrechts. Auch wenn sie die *“Existenz”* des Völkerrechts angeblich nicht bestreiten wollen,<sup>49</sup> müssten sie es ehrlicherweise auf den einen Satz verkürzen: Im internationalen Verkehr darf jeder Staat so agieren, wie es seinem Interesse, seiner Nutzenmaximierung entspricht. Oder kurz: *Anything goes*.

Es erstaunt, dass sie bei dieser Analyse überhaupt noch von *“international law”* sprechen. Schon in der ersten Auflage seiner Reinen Rechtslehre von 1934 hat Hans Kelsen festgestellt: *“Gälte es, eine soziale Ordnung zu begründen, der das tatsächliche Verhalten der Menschen stets und unter allen Umständen entspricht, müßte die Grundnorm – alles mögliche Sein von vornherein legitimierend – lauten: Es soll geschehen, was tatsächlich geschieht, oder: Du sollst, was Du willst.”*<sup>50</sup> Für Kelsen ist klar: *“Eine derartige Ordnung wäre ebenso sinnlos wie eine solche, der das Geschehen, auf das sie sich bezieht, in gar keiner Weise, überhaupt nicht entspricht, sondern völlig widerspricht.”*<sup>51</sup> Sein und Sollen dürfen also einerseits

<sup>48</sup> *Ibid.*, 90 f., 98 f., 100 ff., 172 ff., s. insbes. 203: *“The international lawyer’s task is like that of a lawyer called in to interpret a letter of intent (sic!) or nonbinding (sic!) employment manual: the lawyer can use his or her knowledge of business or employment norms, other documents, and so forth to shed light on the meaning of the documents, but the documents themselves do not create legal obligations even though they contain promissory or quasi-promissory language.”* (Hervorhebungen nicht im Original).

<sup>49</sup> S.o. Anm. 3. S.a. Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 202, wo *“efficacious international law”* beschrieben wird als *“politics, but a special kind of politics, one that relies heavily on precedent, tradition, interpretation, and other practices and concepts familiar from domestic law”*; insofern könne Völkerrecht sogar *“binding and robust”* sein; was hier nach einer normativen Verbindlichkeit klingt, wird allerdings sogleich wieder auf den Boden des *“rational choice”*-Ansatzes zurückgeholt: *“but only when it is rational for states to comply with it”* (s.a. soeben Anm. 48; das dortige Zitat von S. 203, folgt drei Sätze später).

<sup>50</sup> Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Neudruck der 1. Aufl. von 1934, 1994, 69.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 69. S.a. Herbert Lionel Adolphus Hart, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, 102 f.: *“From the inefficacy of a particular rule, which may or may not count against its validity, we must distinguish a general disregard of the rules of the system. This may be so complete in character and so protracted that we should say, in the case of a new system, that it had never established itself as the le-*

nicht in völligem Widerstreit zueinander stehen. Andererseits muss eine Rechtsordnung, um “sinnvoll” zu sein, mit ihren Normen in einem Spannungsverhältnis zur sozialen Wirklichkeit stehen, einer “Spannung zwischen dem Sollen und dem Sein”.<sup>52</sup> Dies gilt auch für das Völkerrecht.<sup>53</sup> Recht ist seinem Wesen nach kontrafaktisch. Es enthält Erwartungen an das Verhalten von Rechtssubjekten. Wer wie Goldsmith und Posner im Völkerrecht nicht mehr als einen Wachsabdruck interessengeleiteter Staatenpraxis sieht, bestreitet zumindest die Ernsthaftigkeit der völkerrechtlichen Erwartungen und – so lässt sich im Lichte der Gedanken Kelsens sagen – leugnet der Sache nach damit die Geltung des Völkerrechts.<sup>54</sup> Goldsmith und Posner erachten das Völkerrecht nicht als regelgebend, sondern reduzieren es auf eine schlichte Abbildung von Verhaltensmustern, die sich als Resultanten im Kraftfeld staatlicher Interessenverfolgung ergeben, auf eine Momentaufnahme des Interessen- und Machtgleichs zwischen Staaten. Damit aber sprechen sie dem Völkerrecht die Normativität ab.<sup>55</sup>

Dem von Völkerrechtsleugnern keineswegs erst seit neuem vorgebrachten Argument, die praktische Wirklichkeit internationaler Beziehungen setze sich mit Leichtigkeit über die Normen des Völkerrechts hinweg, halten manche Völkerrechtler entgegen, dass doch die Staatenpraxis das Völkerrecht bejahe: Staaten schlossen völkerrechtliche Verträge ab, die Außenministerien der Staaten unterhielten einen Stab von Völkerrechtsexperten, große Geldsummen würden zur Unterhaltung völkerrechtlicher Gemeinschaftsorgane ausgegeben.<sup>56</sup> Die Geltung des

---

gal system of a given group, or, in the case of a once-established system, that it had ceased to be the legal system of the group. In either case, the normal context or background for making any internal statement in terms of the rules of the system is absent. In such cases it would be generally *pointless* either to assess the rights and duties of particular persons by reference to the primary rules of a system or to assess the validity of any its rules by reference to its rules of recognition. To insist on applying a system of rules which had either never actually been effective or had been discarded would, except in special circumstances mentioned below, be as futile as to assess the progress of a game by reference to a scoring rule which had never been accepted or had been discarded.” (Hervorhebung im Original).

<sup>52</sup> Kelsen (Anm. 50), 69. S. zum Ganzen auch ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960, Nachdruck 1983), 10 f., 215 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Kelsen (Anm. 50), 131: “Das Völkerrecht weist den nämlichen Charakter auf wie das einzelstaatliche Recht.” S.a. ders. (Anm. 52, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl.), 221 ff. (insbes. 222), 321 ff.

<sup>54</sup> S. insbes. Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 13: “This does not mean, as critics of our earlier work have suggested, that we think that international law is irrelevant or unimportant or in some sense unreal. As we will explain, international law, especially treaties, can play an important role in helping states achieve mutually beneficial outcomes by clarifying what counts as cooperation or coordination in interstate interactions. But under our theory, international law does not pull states towards compliance contrary to their interests, and the possibilities for what international law can achieve are limited by the configurations of state interests and the distribution of state power.” Vgl. auch *ibid.*, 185.

<sup>55</sup> Martti Koskenniemi, *Global Governance and Public International Law*, Kritische Justiz (2004), 241 (251) meint – gerade mit Bezug auf Goldsmith und Posner –, wenn die Befolgung von Völkerrecht durch “*rational choice calculation*” hervorgerufen werde, so löse sich Recht in Luft auf (“*the law will always vanish into thin air*”): “*From a rational choice perspective, the law can only appear either as an enabling device or an obstruction.*”

<sup>56</sup> Berber (Anm. 5), 12.

Völkerrechts könne nicht begründet, wohl aber empirisch festgestellt werden; Völkerrecht gelte, weil es in der Rechtspraxis als "geltend" behandelt werde.<sup>57</sup>

Eine solche Position läuft Gefahr, durch Goldsmiths und Posners Thesen geradezu zersetzt zu werden, wird doch die Einhaltung des Völkerrechts als bloßer Schein entlarvt: Was Völkerrecht genannt wird, ist nicht mehr als der zufällige gegenwärtige Ist-Zustand eines dynamischen zwischenstaatlichen Interessenausgleichs und Kräftespiels, ein allenfalls labiles Gleichgewicht, das sich mit jeder hinreichend gravierenden Interessenänderung verschiebt und neu ausrichtet. Wenn die Staatenpraxis Völkerrecht als geltend behandelt, so verschleiert dies nur diese Realität.

## E. Das beunruhigend Gefährliche an Goldsmiths und Posners Ansatz

Goldsmiths und Posners These, das Völkerrecht erzeuge keine "*legal obligations*", lässt sich noch aus einem anderen Grund nicht gelassen als ein weiterer, in langer Tradition stehender<sup>58</sup> Fall der Völkerrechtsleugnung zu den Akten nehmen. Denn er läuft Gefahr, zur *self-fulfilling prophecy* zu werden, zumal eine zumindest ähnliche Haltung von manchen Rechtsberatern der US-amerikanischen Administration in Bezug auf die Behandlung inhaftierter Terrorverdächtiger eingenommen worden zu sein scheint. So berichtet Philippe Sands in seinem Buch *Lawless World*, die von den USA ab dem Jahr 2002 in Guantánamo inhaftierten Personen seien ursprünglich entsprechend den Grundsätzen des US Field Manual 34-52 aus dem Jahr 1987 befragt worden. Darin heißt es u.a.: "The use of force, mental torture, threats, insults, or exposure to unpleasant and inhumane treatment of any kind is prohibited by law and is neither authorized nor condoned by the US Government. [...], from both legal and moral viewpoints, the restrictions established by international law, agreements, and customs render threats of force, violence, and deprivation useless as interrogation techniques."<sup>59</sup> Das Pentagon sei jedoch mit den Ergebnissen der Befragungen in Guantánamo nicht zufrieden gewesen, weshalb Rechtsgutachten in Auftrag gegeben worden seien, ob aggressivere Techniken angewandt werden dürften. In den Gutachten<sup>60</sup> entdeckt Sands gravierende Fehldeutungen der völkerrechtlichen Verpflichtungen der USA. Insbesondere

<sup>57</sup> Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 13 ff., insbes. 13 und 16. Vgl. a. Jennings/Watts (Anm. 108), 13.

<sup>58</sup> S.o. bei Anm. 5 ff.

<sup>59</sup> Zitiert nach Philippe Sands, *Lawless World*, paper-back edition 2006, 210 f.

<sup>60</sup> Insbesondere bezieht sich Sands auf die Memoranden an Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, von Assistant Attorney General Jay S. Bybee und Deputy Assistant Attorney General John Yoo vom U.S. Department of Justice, beide vom 01.08.2002, abgedruckt in: Karen J. Greenberg/Joshua L. Dratel (Hrsg.), *The Torture Papers*, 2005, 172 ff. und 218 ff.; sowie auf das Memorandum von Staff Judge Advocate Diane Beaver vom Department of Defense vom 11.10.2002, abgedruckt *ibid.*, 229 ff.

re auf Grund bloßer “*understandings*”, welche die USA bei der Ratifikation etwa der UN-Folterkonvention angebracht hätten und welche von den amerikanischen Rechtsberatern teils fälschlich als Vorbehalte betrachtet würden, würde allein für maßgeblich gehalten, wie das US-Recht Folter definiere. Diese Definition aber werde äußerst eng gefasst.<sup>61</sup> Zugrunde liegt nach Sands die Logik, Völkerrecht sei irrelevant.<sup>62</sup> Immer wieder sei der gedankliche Ausgangspunkt, “*we are supreme and our law trumps everything*”.<sup>63</sup> Über solche Pfade verläuft nach Sands die – dem Grundcharakter der Vereinigten Staaten als einem der Einhaltung von Regeln verpflichteten Land (“*a country so strongly committed to the rules*”<sup>64</sup>) widersprechende – Entwicklung hin zu den Skandalen um Abu Ghraib.<sup>65</sup>

Goldsmiths und Posners Analyse des Völkerrechts würde für derartige Rechtsberatung einen passenden Hintergrund abgeben. Dabei ist sie zahlreichen Einwänden ausgesetzt.

## F. Einwände gegen Goldsmith und Posner

### I. Fehlwahrnehmungen des Völkerrechts

Zunächst befremdet der Umgang mit dem Völkerrecht. Dies betrifft zum einen das Völkergewohnheitsrecht: Bekundungen von Staaten – etwa die Anerkennung der kriegsrechtlichen Regel, dass Vermögen des Feindes auf Schiffen unter der Flagge eines neutralen Staates nicht beschlagnahmt werden darf – werden als irrelevant behandelt, nur weil die bekräftigten Regeln später nicht eingehalten werden. Der in der Kundgabe liegenden Bestätigung einer *opinio iuris* wird nicht hinreichend Wert beigemessen.<sup>66</sup> Entsprechend nicht ernst genommen wird auch, dass der Versuch eines Staates, einen Normbruch zu rechtfertigen, zugleich die Norm als solche bestätigt.<sup>67</sup> Vergeltungsdrohungen, mit welchen neutrale Staaten den Schutz ihrer Schiffe tatsächlich erreichten, werden lediglich als Belege für erfolgreich eingesetzten Zwang (*coercion*) angesehen und – zu Unrecht – nicht als Fälle, in denen die Befolgung von Völkerrecht wie üblich dezentral erzwungen wurde.<sup>68</sup> Überhaupt spielen sekundärrechtliche Regeln der Staatenverantwortlichkeit keine Rolle – ein Zeichen dafür, dass das Völkerrecht nicht als Ganzes wahrgenommen wird. Schließlich scheinen Goldsmith und Posner der faktischen Einhaltung einer Gewohnheitsrechtsregel keinerlei Bedeutung beizumessen, sie al-

<sup>61</sup> Sands (Anm. 59), 205, 212 ff.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 212.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 214.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 206.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 205.

<sup>66</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 45 ff., insbes. auch 53, 69, 172 ff.

<sup>67</sup> Vgl. etwa *ibid.*, 49 f.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 51, s.a. 52.

so als bloß scheinbare Rechtsbefolgung zu bewerten, wenn sich neben Rechtstreue noch andere Motive, zumal interessengeleitete, dafür ausmachen lassen.<sup>69</sup> Wenn bemängelt wird, dass dritte Staaten die Normverletzungen nicht rügen,<sup>70</sup> wird auch verkannt, dass keineswegs alle Völkergewohnheitsrechtsnormen *erga-omnes*-Charakter besitzen.

Auch bei der Behandlung multilateraler Abkommen wird nicht klar, ob Goldsmith und Posner erkennen, dass grundsätzlich nur ein in seinen eigenen Vertragsrechten betroffener Staat eine Rechtsverletzung rügen darf.<sup>71</sup> Nicht recht zu erfassen scheinen sie, dass dementsprechend ein Staat sich deshalb in aller Regel an der Durchsetzung von Vertragspflichten zugunsten eines Drittstaates nicht beteiligen darf.<sup>72</sup> Rätselhaft bleibt, warum Staaten über die Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention offenbar nicht mit der gleichen Freiheit wie über alles andere Völkerrecht sollen beliebig disponieren können.<sup>73</sup> Völlig undifferenziert und darum unzureichend behandelt wird die Möglichkeit von Staaten, bei einem Vertragsschluss Vorbehalte anzubringen und der Ratifikation "*understandings*" (also Interpretationen) und Erklärungen beizufügen; hier wird so getan, als vermöchte jede einseitige Äußerung bei der Ratifikation den Verpflichtungsumfang zu begrenzen.<sup>74</sup> Nicht hinreichend bedacht wird zudem, dass ein Staat dem anderen eine Verletzung von Menschenrechten nicht nur unter Berufung auf Verträge, sondern auch mit Hinweis auf Gewohnheitsrecht vorhalten kann.<sup>75</sup> Es erstaunt nicht, dass die Europäische Menschenrechtskonvention ein Phänomen darstellt, das Goldsmith und Posner in ihr System nicht recht einzuordnen vermögen. Ihr Erklärungsversuch, der die EMRK als Besonderheit der Europäischen Union versteht, wirkt aus europäischer Sicht peinlich.<sup>76</sup>

## II. Kritik an Goldsmiths und Posners Untersuchungsansatz

Doch sieht man einmal von diesen Fehlwahrnehmungen des Völkerrechts ab, so erscheint schon manches an Goldsmiths und Posners grundlegendem *rational-choice*-Ansatz als problematisch:

<sup>69</sup> *Ibid.*, 54, 65 f., 69 f. Freilich mag man es angesichts der zahlreichen Kritikpunkte (s. insbes. die Bewertung der Entscheidung des US Supreme Court in der Sache *Paquete Habana*, *ibid.*, 66 ff.), die Goldsmith und Posner nennen, für angezeigt halten, dass die Völkerrechtspraxis mehr Sorgfalt obwalten lässt, um die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel zu begründen.

<sup>70</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 70.

<sup>71</sup> S. etwa *ibid.*, 88.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 117.

<sup>73</sup> Vgl. *ibid.*, 95 ff.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 111 f.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 125. Immerhin wird der gewohnheitsrechtliche Schutz der Menschenrechte nicht gänzlich übersehen (s. *ibid.*, 132 f.).

<sup>76</sup> *Ibid.*, 126.

1. Sie nehmen Staaten je als Einheit, als monolithischen Block wahr. Dies wird zwar damit begründet, dass das Völkerrecht ja auch bei den Staaten ansetzt und Staaten als die geborenen Völkerrechtssubjekte ansieht. Doch bleibt das komplexe Zusammenspiel von Amtsträgern, welche den Staat international repräsentieren, und sonstigen innerstaatlichen Akteuren unterbelichtet. Aus rechtlicher Sicht wären dabei nicht zuletzt die nationalen Gerichte interessant, wenn und soweit sie zur Beachtung und Anwendung von Völkerrecht berufen sind.<sup>77</sup> Die Rezeption des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht – einschließlich des in vielen Rechtsordnungen wirksamen Gebots, nationales Recht völkerrechtskonform auszulegen<sup>78</sup> – wird von Goldsmith und Posner auch als Faktum in einem *rational-choice*-Szenario unterschätzt.

2. Dass Staaten, verstanden als monolithische Blöcke, einzelne, klar definierbare Eigeninteressen verfolgen, ist eine gehaltvolle, durchaus der näheren Begründung bedürftige Annahme. Dies gilt umso mehr, als Goldsmith und Posner, nachdem sie ein Verhaltensmuster von Staaten festgestellt haben, dieses nicht nur mit einer von ihnen als Beobachtern vorgenommenen Einschätzung der Interessenlage verkoppeln.<sup>79</sup> Sie schließen auch aus dieser erst von ihnen hergestellten Verkoppelung auf die Motivation für das beobachtete Verhalten zurück. Dieser Rückschluss auf die Motivation und ihre Gleichsetzung mit dem Willen der staatlichen Interessenmaximierung aber führt ein normatives Element in die Analyse ein.<sup>80</sup> Interessen sind keine naturgegebenen Fakten, sondern soziale Konstrukte.<sup>81</sup>

3. Die Komplexität der politischen Entscheidungsfindung müssen Goldsmith und Posner zwar notwendig reduzieren, um zu einem Modell zu gelangen, mit dessen Hilfe sie Staatenverhalten erklären können. Schwerlich zu überzeugen ver-

---

<sup>77</sup> Gerade auch Entscheidungen des U.S. Supreme Court nehmen völkerrechtliche Verpflichtungen der USA in Bezug und tragen – obgleich bisweilen nur mittelbar – zu deren innerstaatlicher Geltung bei. S. das Ur. v. 01.03.2005 in der Sache *Roper v. Simmons* (No. 03-633) zur Auslegung des 8. und 14. Zusatzartikels zur US-Verfassung dahin, dass die Hinrichtung von Straftätern, die zur Tatzeit jünger als 18 Jahre alt waren, ausgeschlossen sei (wo Justice Kennedy unter IV. die Mehrheitsmeinung durch das Völkerrecht bestätigt sieht; s.a. die *dissenting opinion* von Justice O'Connor unter II.D. gegen die *dissenting opinion* von Justice Scalia); s.a. das Ur. v. 29.06.2006 in der Sache *Hamdan v. Rumsfeld* zur Verletzung des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen.

<sup>78</sup> Antonio Cassese, *International Law*, 2. Aufl. 2005, 230, stellt die allgemeine Neigung nationaler Gerichte fest “to uphold the principle of interpretation whereby in case of doubt a national statute must be so construed as not to conflict with an international treaty ratified by the State”.

<sup>79</sup> S. insbes. Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 49-51. *Ibid.*, 50, wird ein Funktionieren der dezentralen Durchsetzung des Völkerrechts m.E. zu Unrecht nicht hinreichend ernsthaft erwogen.

<sup>80</sup> Vgl. Martti Koskenniemi, *The Place of Law in Collective Security*, Michigan Journal of International Law Vol. 17 (1995/1996), 455 (467) (“Choosing an interest to base a policy is, [...], a normative act”). S.a. Koskenniemi (Anm. 54), 241 (251): “Examining international law through the governance mindset, [...] is not innocent. It creates a consistent bias in favour of interests well-represented in international institutions and actors with sufficient resources to carry out their policy choices.”

<sup>81</sup> Koskenniemi (Anm. 80), 472.

mag aber die Auflösung der Interessenlagen in bilaterale Beziehungen, wie sie selbst bei multilateralen Beziehungen vorgenommen wird.<sup>82</sup>

4. Ferner blenden Goldsmith und Posner aus dem für sie relevanten Beobachtungsmaterial das Erklärungsverhalten der Staaten, ihr Verhalten im Rechtsdiskurs, weitgehend aus. Auch wenn die Staaten selbst von "Verpflichtung" sprechen, messen Goldsmith und Posner dem keine Bedeutung bei: Für sie transportiert die Sprache des Rechts lediglich Informationen über die Interessenlage, die aktuell zwischen Staaten besteht.

5. Sie implizieren, dass Recht nur dann gilt, wenn es dazu taugt, das Verhalten der Staaten schlüssig zu erklären. Insoweit genügt ihnen nicht einmal die äußere Übereinstimmung von Staatenverhalten mit Völkerrechtsnormen. Denn schon allein weil sie das Staatenverhalten je als Produkt staatlicher *rational choice* zu erklären vermögen (!), leugnen sie, dass dieses Verhalten als Befolgung des Völkerrechts gedeutet werden könne.<sup>83</sup>

6. Dem Befolungsanspruch des Völkerrechts als einer besonders ausgebildeten – potenziell – kontrafaktischen Verhaltenserwartung sprechen sie jede Bedeutung ab. Damit aber überspielen sie den normativen Charakter des Rechts.

## G. Perspektivenwechsel

Es ist nicht verwunderlich, dass Goldsmith und Posner den Befolungsanspruch des Völkerrechts nicht wahrnehmen. Dies liegt einerseits daran, dass sie ihren eigenen Untersuchungsansatz dagegen immunisieren, rechtsnormativ infiziert zu werden, indem sie es wie erwähnt kategorisch ausschließen, dass ein Staat ein eigenständiges Interesse daran haben kann, Völkerrecht einzuhalten.<sup>84</sup> Entscheidend aber dürfte sein, dass sie die Perspektive eines externen Beobachters einnehmen und zudem eine auf *rational-choice*-Aspekte reduzierte Beobachtungsmethode wählen. Zwar suggerieren sie, dass jede andere Betrachtungsweise als die ihre wirklichkeitsfremd sei.<sup>85</sup> Doch wirklichkeitsfremd ist ganz im Gegenteil ihre Ausblendung der Innenansicht des Völkerrechts. Goldsmith und Posner verbauen sich nämlich durch den gleichsam kausalwissenschaftlichen Grundzug ihres Ansatzes den Zugang zu den tatsächlichen Wirkmechanismen des internationalen Rechts, verkennen sie doch, dass der von außen Beobachtende – zumal wenn er sich nicht auch nur vorübergehend ernsthaft in die Teilnehmer hin-

<sup>82</sup> Besonders deutlich: Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 87 f.

<sup>83</sup> S.o. bei Anm. 69 sowie Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 111.

<sup>84</sup> S.o. bei Anm. 22. Zu beachten ist freilich, dass man schwerlich von der Geltung oder Verbindlichkeit von Recht sprechen kann, wenn die (rechtsgebundenen) Akteure nicht auch dann den Normen entsprechend handeln, wenn dies ihrem Interesse gerade nicht entspricht. Das Bestehen einer Rechtspflicht dürfte gerade daran erkennbar sein, dass eine Norm auch "*at the cost of certain sacrifices*" (Hart [Anm. 51], 231, s.a. 87 sowie 82 ff. insgesamt zu "*obligations*") befolgt wird.

<sup>85</sup> S. ihre Leugnung moralischer Pflichten zur Befolgung des Völkerrechts, Goldsmith/Posner (Anm. 2), 185 ff.



einversetzt – den Sinn von Handlungen allenfalls unzulänglich zu erfassen vermag.<sup>86</sup>

Dass erst die Binnenperspektive des gelebten Völkerrechts nicht nur dessen Sinn, sondern auch dessen Relevanz für die staatliche Interaktion – einschließlich der Bindungswirkung,<sup>87</sup> also einschließlich des von Goldsmith und Posner vermissten “*compliance pull*” – vollständig erschließt, veranschaulicht Martti Koskenniemi in einem Artikel aus dem Jahr 1996. Koskenniemi, Völkerrechtler und Diplomat, macht darauf aufmerksam, dass jedes soziale Verhalten einschließlich des Agierens auf der internationalen Ebene, zumal im UN-Sicherheitsrat, ständig auf normative Codes, Regeln oder Prinzipien verweise; politisches Geschehen habe stets einen Bezug zu einem normativen Code und Sinnzusammenhang (“*normative code of meaning*”).<sup>88</sup> Koskenniemi beschreibt, den Blick auf den UN-Sicherheitsrat gerichtet, die Sichtweise der Diplomaten und Rechtsberater innerhalb eines institutionellen Rahmens. Darin spielt – neben einem Druck, der aus den staatlichen Interessen rühre – die Frage der Rechtfertigung eine bedeutende Rolle.<sup>89</sup> Koskenniemi berichtet aus seiner Erfahrung als Mitglied der Ständigen Vertretung Finnlands beim Sicherheitsrat in New York, wo das (Völker-) Recht in der Arbeitsroutine eine begrenzte Rolle zu spielen schien – bis zur Kuwait-Krise 1990. Nach eigenem Bekunden im Geist des Realismus der Nachkriegszeit als Diplomat ausgebildet, sei er davon ausgegangen, “*that legal norms should in such cases defer to political requirements*”.<sup>90</sup> Daher habe ihn der Enthusiasmus überrascht, mit dem seine finnischen Kollegen in einen Streit um Rechtsfragen der Akte und Handlungsoptionen des Sicherheitsrates eingetreten seien: Die finnische Delegation sei davon überzeugt gewesen, dass rechtliche Gesichtspunkte für die Definition einer nationalen Position nicht nur irgendwie relevant, sondern in mancher Hinsicht entscheidend seien; diese Haltung habe sogar am ganzen Sitz der UN in New York vorgeherrscht.<sup>91</sup> Dabei sei es keineswegs darum gegangen, in der Art eines Gerichts über die Ereignisse zu entscheiden oder den rechtlichen Rahmen für ein daran anschließendes politisches Ermessen abzustecken. Vielmehr sieht Koskenniemi die politischen mit den rechtlichen Fragen verwoben: “[...]; political choices were posed the moment the legal debate

<sup>86</sup> S. zur Bedeutung der “*internal and external aspects of rules*”: Hart (Anm. 51), 56 f., 88 ff., 98 f., 102 ff., 108, 115 ff.

<sup>87</sup> Vgl. Hart (Anm. 51), 102: “If this use of an accepted rule of recognition in making internal statements is understood and carefully distinguished from an external statement of fact that the rule is accepted, many obscurities concerning the notion of legal ‘validity’ disappear. For the word ‘valid’ is most frequently, though not always, used, in just such internal statements, applying to a particular rule of a legal system, an unstated but accepted rule of recognition. [...] Some of the puzzles connected with the idea of legal validity are said to concern the relation between the validity and the ‘efficacy’ of law. [...]” S.a. oben Anm. 51.

<sup>88</sup> Koskenniemi (Anm. 80), 468.

<sup>89</sup> Vgl. *ibid.*, 471 f.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 473.

<sup>91</sup> *Ibid.*, 473 f.

started.”<sup>92</sup> Die Diskussionen seien sowohl durch die politische als auch die rechtliche Perspektive beeinflusst worden. Nachdem jedoch eine Resolution gefasst worden sei, hätten sich der zugrunde liegende Beschluss und dessen Rechtfertigung in einen Präzedenzfall verwandelt, der den Anspruch auf formale Konsistenz in der Zukunft auslöse. Weder sei lediglich eine legalistische Fassade aufgebaut worden noch hätten die Beteiligten von einer legalistischen Ideologie geblendet schlicht nicht erfasst, dass sie in ein Machtspiel involviert seien.<sup>93</sup> Entscheidend sei, dass um die Rechtfertigung möglicher Akte des Sicherheitsrates gerungen worden sei. Sobald die Debatte rechtlich geführt worden sei, habe dies “formalistische” Folgen ausgelöst: die Suche nach einem Präzedenzfall und das Streben nach Konsistenz, die Sorge um die Menschenrechte, um diplomatische Immunität und humanitäres Recht. Mit dem Einstieg in den rechtlichen Diskurs sei es ausgeschlossen gewesen, nur einzelne Rechtsfragen zu behandeln und andere auszublenden.<sup>94</sup>

## I. Völkerrechtsgeltung und -verbindlichkeit kraft Rechtsdiskurses

Völkerrecht bildet also nicht nur ein aktuelles Interessengleichgewicht ab, sondern schlägt sich in der Praxis internationaler Beziehungen insbesondere dadurch nieder, dass es Anforderungen an die Rechtfertigung von Verhalten stellt. Nach Koskenniemi's Schilderung scheint es für diese Wirkungen des Völkerrechts entscheidend darauf anzukommen, dass sich die Staatenvertreter auf einen (zumindest auch) rechtlichen Diskurs einlassen. Dies lässt sich theoretisch einfangen im Sinne einer Begründung der Verbindlichkeit und Geltung von Völkerrecht.

### 1. Gründe für die Geltung des Völkerrechts

In Anlehnung an Klaus F. Röhl<sup>95</sup> lassen sich drei grundsätzliche Möglichkeiten unterscheiden, wie die Geltung von Recht<sup>96</sup> begründet werden kann; diese lassen sich auch auf das Völkerrecht beziehen: Man kann zum einen versuchen, die Gel-

<sup>92</sup> *Ibid.*, 474 f.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 475 f. Freilich gesteht Koskenniemi zu, dass es einen gewissen Fassaden-Effekt juristischer Rechtfertigung gebe (*ibid.*, 477).

<sup>94</sup> *Ibid.*, 476 f.

<sup>95</sup> Klaus F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. 2001, 281.

<sup>96</sup> Die juristische Geltung ist ein rechtsimmanentes Phänomen, etwas, das klar nur als “*internal aspect*” einer Rechtsordnung erschlossen werden kann und Hart (Anm. 51), 100 ff., zufolge auf einer “*rule of recognition*” beruht. Im innerstaatlichen Kontext lässt sich sagen: Juristisch gilt eine Rechtsnorm, “wenn sie in einem verfassungsmäßigen Verfahren in Kraft gesetzt und seither durch jüngere Gesetze weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgehoben worden ist”, so Röhl (Anm. 95), 280. Die faktische (soziologische, besser: soziale) Geltung dagegen ist Rechtswirksamkeit (Röhl, *ibid.*).

tung des positiven Rechts “absolut” im Sinne von natur- oder vernunftrechtlich zu begründen, wie dies etwa Kant getan hat.<sup>97</sup> Zweitens ist es möglich, rein hypothetisch die Geltung einer obersten Norm zu postulieren, um im Stufenbau des positiven Rechts logisch operieren zu können, wie dies in seinem “axiomatischen Rechtspositivismus” Hans Kelsen als Lösung anbietet.<sup>98</sup> Drittens kann man den Rekurs auf eine – und sei es nur hypothetische – höhere Norm abbrechen und “einen Schluss vom Sein aufs Sollen einführen, der zwar nicht logisch, aber vielleicht praktisch überzeugt”.<sup>99</sup> Insoweit kommen Macht- und Anerkennungstheorien, aber auch der Utilitarismus in Betracht.<sup>100</sup>

Weil hier ein zentralisiertes, mit Durchsetzungsmacht ausgestattetes institutionelles Gefüge fehlt, taugen zur Begründung des Völkerrechts weder Machttheorien<sup>101</sup> noch eine (damit freilich nicht notwendig deckungsgleiche)<sup>102</sup> Imperativen-

<sup>97</sup> S. zum moralischen Begriff des Rechts, der sich auf eine mit ihm korrespondierende Verbindlichkeit (verstanden als “Notwendigkeit einer freien Handlung unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft”) bezieht: Kant, (Anm. 10, Die Metaphysik der Sitten), Einleitung in die Rechtslehre, 336 ff., insbes. 336 f. (§ B) i.V.m. 327.

<sup>98</sup> Röhl (Anm. 95), 281. S. Kelsen (Anm. 52, Reine Rechtslehre, 2. Aufl.), 196 ff.

<sup>99</sup> Röhl (Anm. 95), 281.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 281, der im Weiteren (*ibid.*, 282 ff.) Kelsens Lehre von der Grundnorm, Machttheorien, Anerkennungstheorien, Dworkins Prinzipienargument, den Institutionalistischen Rechtspositivismus von McCormick und Weinberger, Vertragstheorien, Absolute und Utilitaristische Theorien vorstellt, um schließlich die Dekonstruktion des Geltungsanspruchs vorzustellen.

<sup>101</sup> S. etwa Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, Studienausgabe, in: Ralf Dreier/Stanley L. Paulson (Hrsg.), 1999, 82 (81): “Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechtens sein soll, und soll das gesetzte Recht der Aufgabe genügen, den Widerstreit entgegengesetzter Rechtsanschauungen durch einen autoritativen Machtspruch zu beenden, so muß die Setzung des Rechts einem Willen zustehen, dem auch eine Durchsetzung gegenüber jeder widerstrebenden Rechtsanschauung möglich ist. Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist. [...]” S.a. *ibid.*, 83 (82): “Das Recht gilt nicht, weil es sich wirksam durchzusetzen vermag, sondern es gilt, wenn es sich wirksam durchzusetzen vermag, weil es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag. Die Geltung des positiven Rechts wird also gegründet auf die Sicherheit, die ihm allein zukommt, [...]” (Hervorhebungen im Original). Freilich sieht Radbruch “die drei Seiten der Rechtsidee”, nämlich Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, als gleichwertig an (*ibid.*, 84 [83]). Doch treffe den Richter die “Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei. [...] wie ungerecht immer das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge – es hat sich gezeigt, daß es einen Zweck stets, schon durch sein Dasein erfüllt, den der Rechtssicherheit. [...] Auch wenn (der Richter), weil das Gesetz es so will, aufhört, Diener der Gerechtigkeit zu sein, bleibt er noch immer Diener der Rechtssicherheit. [...], das Gesetz (hat) aber nicht nur als Niederschlag der Gerechtigkeit seinen Wert, sondern auch als Bürgschaft der Rechtssicherheit, [...]” (*ibid.*, 84 f. [83 f.]). Abgerückt ist Radbruch von der Stringenz dieser Sichtweise durch seine berühmte Formel: “Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat” (Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 [107]; ähnlich die “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.09.1945, 3: “[...] es kann Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit geben, daß ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß”).

theorie, die etwa im Sinne John Austins Recht als auf Sanktionsdrohungen abgestützte Befehle eines Souveräns ansieht.<sup>103</sup> Theorien, die in Röhl's Sinne "absolut" sind, setzen sich dem Einwand aus, auf einem spezifischen philosophischen, möglicherweise auch religiösen Vorverständnis zu beruhen und darum nicht allgemein anerkennungsfähig zu sein – worauf es aber zur theoretischen Begründung der in die Staatenpraxis hineinstrahlenden Verbindlichkeit des Völkerrechts durchaus ankommt. Darum nimmt es nicht wunder, wenn die Völkerrechtslehre entweder zu einer positivistischen Haltung Zuflucht nimmt, die, soweit sie sich mit der Feststellung begnügt, die Staaten achteten der Sache nach das Völkerrecht, wie gesehen den Thesen von Goldsmith und Posner, ihre Richtigkeit einmal unterstellt, nichts entgegenzusetzen hätte,<sup>104</sup> oder aber auf die Anerkennung des Völkerrechts durch die Staaten abstellt.

## 2. Konsensuale Geltungsbegründungen

Anerkennungstheorien erden die Geltung des Rechts im Sein.<sup>105</sup> Gerade darum erscheinen sie, was die Erklärung der Völkerrechtsgeltung angeht, auch Kelsen's axiomatischem Rechtspositivismus gegenüber als überlegen, muss dieser doch die Wirksamkeit des Rechts (wenn auch nicht einer jeden Rechtsnorm) als eine notwendige Prämisse postulieren.<sup>106</sup> Für das Völkerrecht wird gegenwärtig insbesondere auf den Konsens der Staaten abgestellt.<sup>107</sup>

Robert Jennings und Arthur Watts etwa sehen die Definition von Recht als "*a body of rules for human conduct within a community which by common consent of this community shall be enforced by external power*" auch für den Fall des Völkerrechts für erfüllt.<sup>108</sup> Die Staaten der Welt bildeten durchaus eine durch gemeinsame Interessen zusammengehaltene und vielfach verflochtene Gemeinschaft; Regeln für den zwischenstaatlichen Verkehr gälten schon seit Jahrhunderten; die ge-

<sup>102</sup> S. Röhl (Anm. 95), 284, der als das Entscheidende in John Austins Annahme, Recht beruhe auf dem Befehl eines Souveräns, ansieht, dass ein Ausgangspunkt für die Analyse des positiven Rechts definiert wird, worin er eine Verwandtschaft mit Kelsen's Lehre von der Grundnorm ausmacht.

<sup>103</sup> S. John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 4. Aufl. 1885, Bd. I, 88 ff., 98 f. S. zu Völkerrecht, von Austin verstanden als "*positive international morality*", *ibid.*, 182 ff., 225 f., 566, 569, 575, 754.

<sup>104</sup> S.o. im Haupttext nach Anm. 57.

<sup>105</sup> Nach Röhl (Anm. 95), 287, muss, um die normative Geltung des Rechts zu begründen, an einer Stelle ein Schluss vom Sein auf das Sollen eingeführt werden; eine logisch stringente Begründung der Rechtsgeltung sei gar nicht möglich; infolgedessen könne man "gezielt nach der Übergangsstelle vom Sein zum Sollen suchen, die am besten überzeugt".

<sup>106</sup> S.o. bei Anm. 51 f.

<sup>107</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 189 ff., halten die These, die Geltung des Völkerrechts (in ihrer Diktion geht es um "*the moral obligation to comply with international law*") beruhe auf Konsens, deshalb für falsch, weil die Staaten tatsächlich mit völkerrechtlichen Normen nicht einverstanden seien; Staaten und Einzelmenschen seien, was Versprechen oder Zustimmung angehe, nicht vergleichbar; auch der Wille der hinter den Staaten stehenden Menschen vermöge den Konsens nicht zu tragen.

<sup>108</sup> Robert Jennings/Arthur Watts (Hrsg.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I, 9. Aufl. 1992, 9 (auf die Rechtsdefinition früherer Auflagen zurückgreifend).

meinsame Zustimmung der Staaten trage auch die freilich weitgehend dezentrale und unvollkommene Rechtsdurchsetzung.<sup>109</sup> Den *common consent* beziehen Jennings und Watts – freilich ohne zu erklären, wie dies möglich ist – nicht auf jede Einzelregel, sondern auf das Völkerrecht als Ganzes.<sup>110</sup>

An der *common consent*-Theorie kritisiert Knut Ipsen, sie verlasse die Ausrichtung auf die “Richtpunkte des souveränen Staates und des Positivismus” und vermöge um so weniger “die Brücke vom (subjektiven) Staatswillen zur (objektiven) Völkerrechtsordnung zu schlagen”; als Hilfskonstruktion verlasse sie die Ebene des konkreten, realen Staatswillens.<sup>111</sup> Ipsen selbst versucht, die von ihm analysierten Engführungen der von ihm eingehender untersuchten einzelnen Theorien der Völkerrechtsgeltung zu vermeiden und “nicht den einen Grund, sondern die zusammenwirkenden Ursachen der Geltung zu beschreiben”.<sup>112</sup> Dazu setzt allerdings auch er beim Konsens der Staaten über die Notwendigkeit einer (rechtlichen) Regelung an; ein solcher Konsens sei angesichts seiner untrennbaren Verbindung mit seinem Gegenstand – anders als im Kontext des staatlichen Rechts – keineswegs realitätsfern.<sup>113</sup> Schon die völkerrechtlichen Rechtserzeugungsverfahren hätten die Zustimmung aller Beteiligten gefunden. Auch das Ergebnis dieser Verfahren, der Vertrag und das Gewohnheitsrecht, seien rechtsverbindlich und würden “gelten”, weil insoweit Konsens bestehe. Mithin beruhe die Geltung des Völkerrechts auf dem Konsensprinzip.<sup>114</sup>

### 3. Defizite der konsensualen Ansätze und der Einwand der Aufkündbarkeit des Konsenses

Begründungsbedürftig aber ist Ipsens These, dass, wenn die Geltung des einmal erzeugten Völkerrechts auf Konsens beruhe, dann auch die Beendigung seiner Geltungskraft an den Konsens aller an seiner Entstehung Beteiligten gebunden sei; die einseitige Lösung von der Völkerrechtsverbindlichkeit könne “daher” nur aufgrund spezifischer Völkerrechtsnormen erfolgen, die ihrerseits wiederum auf Konsens beruhen. Die Erläuterung, dass beim Fehlen solcher (bindungslösender) Normen der über die Rechtserzeugungsverfahren erreichte Konsens der Geltung eine Dauergeltung begründe, verweist zurück auf den Grundkonsens über die

<sup>109</sup> *Ibid.*, 9 ff. Aus dem Völkerrecht und nicht aus der Annahme eines unbegrenzten Willens ergäben sich auch die Rechte der Staaten (*ibid.*, 12). Das Völkerrecht bilde auch insofern ein vollständiges System, als sich jede internationale Lage rechtlich würdigen lasse, sei es durch die Anwendung spezieller Normen, sei es durch Normen, die aus anderen Rechtsnormen oder Prinzipien abgeleitet würden (*ibid.*, 12 f.).

<sup>110</sup> Jennings/Watts (Anm. 108), 14. Der Widerruf der Zustimmung zu einer einzelnen Norm beeinträchtige als solcher deren rechtlichen Charakter noch nicht, könne aber im Laufe der Zeit zusammen mit einer ähnlichen Einstellung anderer Staaten zu einer Rechtsänderung führen (*ibid.*, 15).

<sup>111</sup> Knut Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 5. Aufl. (2004), § 2 Rn. 23 f.

<sup>112</sup> *Ibid.*, § 2 Rn. 41.

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 2 Rn. 42 i.V.m. 41.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 2 Rn. 43 f.

Rechtserzeugungsverfahren. Weshalb dieser nicht einseitig aufgekündigt werden kann, erklärt Ipsen jedoch nicht. Karl Doehring wendet insoweit ein, die Anerkennung von Normen (und damit wohl auch deren Konsentierung) besitze ebenso wie die Selbstbindung an Normen stets nur vorläufigen Charakter; sie könne jederzeit aufgegeben werden; die Annahme, die Geltung des Völkerrechts beruhe auf Anerkennung, sei daher ein Trugschluss.<sup>115</sup> Freilich scheint ihm dabei vorzuschweben, dass der Anerkennungstheorie eine Art konsensuales Summenspiel zugrunde liegt, bei dem eine Norm solange und so weit gilt, wie jeder Staat (oder jedes sonst beteiligte Völkerrechtssubjekt) sein „Ja“ zum Ausdruck bringt und aufrechterhält, und bei dem diese Zustimmung jederzeit ohne Weiteres wieder zurückgenommen werden kann.

#### 4. Versuch, Geltung und Verbindlichkeit des Völkerrechts diskurstheoretisch zu begründen und zu verstehen

An der Richtigkeit einer solchen Vorstellung weckt die oben bereits erwähnte Schilderung Koskenniemi aus der Völkerrechtspraxis ernste Zweifel. Sie verweist auf einen – praktisch wirksamen, aber auch theoretisch wichtigen – Mechanismus, über den sich gerade staatliche Akteure in das Völkerrecht, zumal auf der institutionellen Bühne einer internationalen Organisation, hineingezogen sehen und sowohl darin als auch daran festgehalten werden.<sup>116</sup> Die Gedanken Koskenniemi lassen sich – was angesichts seiner, obgleich auch von ihm selbst vorgenommenen,<sup>117</sup> doch teils für vorschnell gehaltenen Zuordnung zum Dekonstruktivismus<sup>118</sup> überrascht, aber von seinem kritischen Ansatz<sup>119</sup> nicht allzu fern liegt<sup>120</sup> – wie folgt in allgemeiner Form aufgreifen: Ein Staat, der sich auf den völkerrechtlichen Diskurs einlässt, ist sogleich gezwungen, sich auf anerkannte Normen des Völkerrechts zu beziehen und sie damit auch als für sich gültig zu bestätigen. An-

<sup>115</sup> Doehring (Anm. 57), Rn. 15.

<sup>116</sup> Koskenniemi (Anm. 80), 477 ff.

<sup>117</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia, Reissue with a New Epilogue*, 2005, 6 ff., 536, 541.

<sup>118</sup> Nicholas Onuf meint in seiner Rezension von Koskenniemi erster Auflage von „From Apology to Utopia“ (AJIL Vol. 84 [1990], 771 ff.), Koskenniemi habe zur Charakterisierung seiner Methode der „*regressive analysis*“ zu Unrecht auf das Attribut „dekonstruktiv“ zurückgegriffen; denn sein Anliegen sei es, die Tiefenstrukturen völkerrechtlicher Argumentation zu finden, nicht aber die konstitutiven Annahmen, die eine solche Argumentation ermöglichen, zurückzuweisen. Mit seinem an sich strukturalistischen Ansatz stehe er Foucault näher als Derrida, weil seine „*regressive analysis*“ ähnlich wie Foucaults Vorgehen eine „*method of exposure*“ sei. S. zu Koskenniemi a. Jochen von Bernstorff, *Sisyphus Was an International Lawyer*, German Law Journal, Vol. 07 (2006), 1015 ff.

<sup>119</sup> Koskenniemi (Anm. 117), 533 ff.

<sup>120</sup> Mit der Verfolgung eines „*critical project*“ und dessen Implikation des institutionellen Ideals eines zwangsfreien Diskurses und dem normativen Ideal von „*authentic commitment*“ und einer „*ethic of responsibility*“ sieht Onuf (Anm. 118), 773, Koskenniemi in die Nähe von Habermas und Kant rücken.

dere Staaten kann er nicht als bloße Objekte wahrnehmen, sondern muss sie als Subjekte anerkennen. Der rechtliche Diskurs ist oftmals ein Ringen um Rechtfertigung. Ohne Rechtfertigungsdiskurse<sup>121</sup> wäre, so Koskenniemi fast wörtlich,<sup>122</sup> das Zusammenleben auf Manipulationsbeziehungen reduziert. Wer dagegen in der Sprache des Rechts spricht, erkennt eine “Welt jenseits der unmittelbaren Subjektivität” seiner selbst an (“*a world beyond the speaker’s immediate subjectivity*”). Recht lässt sich nicht als schlichte technisch-instrumentale Rationalität begreifen. Eine Rechtskultur prägt nicht nur Regeln und Prinzipien aus, sondern auch eine prozessuale Fairness, eine Offenheit und den Geist der Verantwortlichkeit, verstanden als explizite oder implizite Unterwerfung unter einen mit den je anderen zu führenden kritischen Diskurs darüber, wie die Prinzipien und Zwecke der Gemeinschaft zu verstehen sind. Der rechtliche Charakter eines Diskurses erweist sich an der ausdrücklichen Bezugnahme auf Regeln und Prinzipien, an dem Streben nach Kohärenz und Konsistenz, an der Bereitschaft, Ansichten und Entscheidungen im Lichte neuer Informationen zu überprüfen und gegebenenfalls zu revidieren, sowie am Einstehen für Entscheidungen, die man getroffen hat.<sup>123</sup> Schließlich beschränkt sich der rechtliche Diskurs nicht auf die Frage, wie man ein vorgegebenes Ziel erreicht, sondern nimmt mögliche Ziele selbst als rechtfertigungsbedürftig wahr.

Indem der Diskurs die Akteure derart in Zwänge zu rechtlicher Begründung und Rechtfertigung verstrickt, wirkt er disziplinierend und, so mag man vermuten, auch “bindend”.<sup>124</sup> Der völkerrechtliche Diskurs ist ein realer, praktischer Diskurs, den wir mit einem idealen Diskurs kontrastieren und in Bezug setzen können, wohl genauer: einem Diskurs in einer “idealen Sprechsituation”, wie sie die Diskursethik zugrunde legt. Die Diskursethik setzt sowohl bei der Begründung des Moralprinzips als auch bei der Orientierung an diesem Moralprinzip, also der Suche nach moralisch richtigem Verhalten, auf die Praxis des argumentativen Diskurses.<sup>125</sup> Das Moralprinzip fordert, stets so zu handeln, dass alle Vernunftwesen, zumal alle von der Handlungsweise potenziell Betroffenen, dem jeweils gewählten Handlungsgrundsatz in einem unbegrenzten argumentativen Diskurs zustimmen könnten.<sup>126</sup> Praktische Diskurse stellen dabei eine besondere Form rechtfertigender

<sup>121</sup> S. hierzu auch Micha H. Werner, Diskursethik als Maximenethik, 2003, 47, 48 ff.

<sup>122</sup> Koskenniemi (Anm. 80), 478.

<sup>123</sup> Vgl. hierzu *ibid.*, 478.

<sup>124</sup> Habermas (Anm. 8), 131, konstatiert – bezogen auf das “klassische Völkerrecht”, das eine Rechtsgemeinschaft formal gleichberechtigter Parteien eine Rechtsgemeinschaft i.S. einer “Protoverfassung” hergestellt habe –, der Gemeinschaft der Völkerrechtssubjekte fehle zu einer Verfassung im strikten Sinne “die Bindungskraft reziproker Rechtspflichten”. Doch meint er auch, die UN-Charta stelle einen Rahmen bereit, “worin sich die Mitgliedstaaten nicht länger nur als Subjekte völkerrechtlicher Verträge verstehen müssen; zusammen mit ihren Bürgern können sie sich nun als die konstituierenden Träger einer politisch verfassten Weltgesellschaft erkennen” (*ibid.*, 159, Hervorhebung im Original).

<sup>125</sup> Micha H. Werner, Diskursethik, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 2006, 140.

<sup>126</sup> Werner (Anm. 125), 141.

Gespräche dar, in denen für die Beteiligten die Geltung von moralischen Normen im Mittelpunkt der Diskussion steht.<sup>127</sup> Ihre wichtigsten formalen Bedingungen lassen sich mit Simone Chambers wie folgt zusammenfassen: "Jeder durch eine vorgeschlagene Norm Betroffene kann in den Diskurs eintreten; alle Beteiligten haben gleiche Redechancen, um ihre Ansichten zur Sprache zu bringen; in Frage stellen oder verteidigen können sie alles, was auch immer sie für nötig halten; kein Teilnehmer darf durch Gewalt oder Täuschung andere Teilnehmer zu manipulieren versuchen."<sup>128</sup> Die Ergebnisse, die in einem Diskurs unter diesen Bedingungen erzielt werden, repräsentieren den Willen aller, wohl zumindest aller Betroffenen. Dabei stellen die Bedingungen die Autonomie von Abwägungsprozessen sicher, indem die Teilnehmer ihre Stellungnahmen an nichts anderem ausrichten als an ihrer eigenen Beurteilung der Überzeugungskraft von Argumenten.<sup>129</sup> Auch wenn die formalen Bedingungen der idealen Sprechsituation durchaus anspruchsvoll sind und sich darum weder von selbst in jeder Gesprächssituation einstellen noch vollkommen herstellbar sind, nimmt die Diskursethik doch auf die Diskurspraxis Bezug.<sup>130</sup> Praktischer Diskurs im Sinne der Diskursethik ist "wesentlich eine Aktivität realer, handelnder Personen, die sich und ihre sozialen Positionen in einer immer schon historisch-sozialen Welt kennen".<sup>131</sup> Reale Gesprächssituationen lassen sich der idealen nur annähern, wodurch der praktische Diskurs, weil die Übereinkünfte niemals absolut universeller Geltung gewiss sind, ein "offenes Projekt" ist und sich weniger als ein einzelnes Gespräch denn als ein zeitlich gestrecktes Gesprächsgeflecht denken lässt, das um der Rezeption von Argumenten und der wechselseitigen Annäherung willen Reflexionsphasen zulassen muss und nicht notwendig abrupt<sup>132</sup> mit der "Herstellung" eines Konsenses endet.<sup>133</sup> Doch das Spannende nicht nur an hypothetischen, sondern eben auch an realen Diskursen ist, dass diejenigen,

<sup>127</sup> Simone Chambers, Zur Politik des Diskurses: Riskieren wir unsere Rechte?, in: Karl-Otto Apel/Matthias Kettner (Hrsg.), Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, 1992, 168 (168, 174).

<sup>128</sup> Chambers (Anm. 127), 168 (170). Jürgen Habermas, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983, 99, übernimmt von Robert Alexy, Eine Theorie des praktischen Diskurses, in: Willi Oelmüller (Hrsg.), Transzendentalphilosophische Normbegründung, 1978, (40 f.), die folgenden Diskursbedingungen: "(3.1) Jedes sprach- und handlungsfähige Subjekt darf an Diskursen teilnehmen. (3.2) a. Jeder darf jede Behauptung problematisieren. b. Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen. c. Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern. (3.3) Kein Sprecher darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine in (3.1) und (3.2) festgelegten Rechte wahrzunehmen."

<sup>129</sup> Chambers (Anm. 127), 168 (170). Chambers weist *ibid.*, 170 f., darauf hin, dass die ideale Sprechsituation in Folge ihrer Formalität zwar zeigt, unter welchen Bedingungen eine Norm als allgemeingültig zu betrachten ist, jedoch mangels einer inhaltlichen Aufladung nichts darüber aussagt, welche Normen den Test bestehen würden und welche nicht.

<sup>130</sup> S. Werner (Anm. 125), 140.

<sup>131</sup> Chambers (Anm. 127), 168 (170), die auf Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1981, 145, und ders. (Anm. 128), 77, verweist.

<sup>132</sup> Keinesfalls freilich darf das Ende erzwungen werden.

<sup>133</sup> Chambers (Anm. 127), 168 (172 ff.). Chambers selbst hebt hervor, sie verstehe praktische Diskurse als Konsensbildungs- und nicht als Entscheidungsfindungsprozesse.



die sich an ihnen beteiligen wollen, sich auf sie einlassen, und das heißt: bestimmte Prinzipien anerkennen müssen, ähnlich wie sie in den genannten formalen Bedingungen der idealen Sprechsituation aufscheinen. So muss jeder Diskursteilnehmer etwa dazu bereit sein, sich mit anderen zu verständigen, deren Beiträge anzuhören und auf diese einzugehen, seine eigenen Geltungsansprüche durch Argumente zu verteidigen und andere zu überzeugen versuchen. Wer sich – und sei es nur implizit – bereit erklärt hat, an einem Diskurs teilzunehmen, dann aber seine Positionen durch Drohung oder gar mit Gewalt durchzusetzen versucht, gerät notwendig in einen Selbstwiderspruch.<sup>134</sup> Dieses Selbstwiderspruchs können die anderen Beteiligten ihn zeihen, ohne dass er dem etwas entgegenzusetzen vermöchte. Er könnte nur aus dem Diskurs ausscheiden. Will er das aber nicht, so muss er zu den Prinzipien zurückkehren.<sup>135</sup> Nicht nur wenn er die Grundlagen des Diskurses in Frage stellt, verhält sich der Diskursteilnehmer selbstwidersprüchlich. Zumindest in die Gefahr dessen gerät er auch, wenn er eine Norm, über die ein auch von ihm mitgetragener Konsens erreicht worden ist, durch die Behauptung eines damit unvereinbaren Geltungsanspruchs zumindest konkludent wieder anzweifelt. Denn um den Geltungsanspruch aufrechterhalten zu können, müsste er den zuvor erreichten Konsens aufkündigen und, will er wiederum den Diskurs nicht gänzlich verlassen, die übrigen Teilnehmer auch insoweit zunächst oder zumindest gleichzeitig von der Richtigkeit eines anderen, mit seinem neuen Geltungsanspruch vereinbaren Ergebnisses überzeugen.

Der völkerrechtliche Diskurs<sup>136</sup> findet gewiss in keiner idealen Sprechsituation statt. Doch ist es schlüssig anzunehmen, alle Staaten, die durch ihre Vertreter daran teilnehmen, akzeptierten nicht nur die Quellen des Völkerrechts und damit die Grundregeln der Erzeugung von Völkerrecht durch Gewohnheitsrecht, Vertrag und allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern zugleich gewisse Fundamentalprinzipien insbesondere des zwischenstaatlichen Verhältnisses wie insbesondere die souveräne Gleichheit der Staaten, die Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung, das Gewaltverbot und das Interventionsverbot.<sup>137</sup> Die Anerkennung der Rechtserzeu-

<sup>134</sup> Vgl. Werner (Anm. 125), 143 (dort aber zur diskursreflexiven-sinnkritischen Begründung des diskursethischen Moralprinzips).

<sup>135</sup> Vgl. – wiederum im Hinblick auf die Begründung des diskursethischen Moralprinzips – Habermas (Anm. 128), 108 ff.

<sup>136</sup> Vgl. hiermit die Kurzzusammenfassung der diskurstheoretische Rekonstruktion des demokratischen Verfassungsstaates bei Habermas (Anm. 8), 129 mit Verweis auf dens., Faktizität und Geltung, 1992, 167-187.

<sup>137</sup> Vgl. a. Hart (Anm. 51), 108: “[...] Statements of legal validity made about particular rules in the day-to-day life of a legal system whether by judges, lawyers, or ordinary citizens do indeed carry with them certain presuppositions. They are internal statements of law expressing the point of view of those who accept the rule of recognition of the system and, as such, leave unstated much that could be stated in external statements of fact about the system. What is thus left unstated forms the normal background or context of statements of legal validity and is thus said to be ‘presupposed’ by them. But it is important to see precisely what these presupposed matters are, and not to obscure their character. They consist of two things. First, a person who seriously asserts the validity of some given rule of law, say a particular statute, himself makes use of a rule of recognition which he accepts as appropriate for identifying the law. Secondly, it is

gungsregeln und die Kerngrundsätze bilden die Grundlage jeder Auseinandersetzung um Normen des geltenden Völkerrechts, jeder verständigungsorientierten Suche nach dem, was völkerrechtlich gilt.<sup>138</sup> Selbst wenn ein Staat mit einem neuen „Geltungsanspruch“ – mit der Behauptung, es gelte eine bestimmte neue Norm – auftritt, muss er doch nicht nur die anderen als Beteiligte am Diskurs und als gleich Beteiligungsberechtigte anerkennen, sondern er stellt seinen Geltungsanspruch in den Kontext bereits bestehender Normen. Ansonsten ist er nicht glaubwürdig.

Dabei begibt sich ein Staat, schon indem er gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten auch nur implizit die Behauptung aufstellt, es gelte eine Regel als Völkerrechtsnorm, in einen völkerrechtlichen Diskurs mit diesen anderen; man könnte so weit gehen anzunehmen, dass ein Staat mit jedem bewussten, intentionalen Verhalten auf internationaler Ebene sich in einen völkerrechtlichen Diskurskontext stellt.<sup>139</sup> Auf jeden Fall aber tut er dies, sobald er ein Verhalten – sei es sein eigenes oder ein fremdes – als rechtmäßig hinstellt oder als rechtswidrig kritisiert. Insbesondere erkennt dasjenige Völkerrechtssubjekt, das leugnet, einen Völkerrechtsbruch der Sache nach<sup>140</sup> begangen zu haben (z.B. in einem Krieg Giftgas eingesetzt zu haben), die zugrunde liegende Rechtsregel an (also z.B. das Verbot des Giftgaseinsatzes in bewaffneten Konflikten). Wird ihm das Verhalten gleichwohl nachgewiesen, so liegt insoweit der Selbstwiderspruch freilich anders als im rein normativen Diskurs darin, dass das Faktum seines Verhaltens mit einer auch von ihm anerkannten Norm des Rechts unvereinbar ist.

In all diesen Zusammenhängen kommt einem Aspekt erhebliche Bedeutung zu, der von Goldsmith und Posner völlig unterschätzt wird: Das Völkerrecht enthält prozedurale Regeln, welche Staaten dazu anhalten, in einen Diskurs zu treten. Um nur ein Beispiel aus dem allgemeinen Völkerrecht zu nennen: Ein Staat, der auf eine vermeintliche Verletzung seiner Rechte durch einen anderen Staat mit dem Mittel der Repressalie reagieren will, ist jedenfalls nach überwiegender Lehre grundsätzlich dazu verpflichtet, eine Vorwarnung zu geben. Dem Staat, der sich

---

the case that this rule of recognition, in terms of which he assesses the validity of a particular statute, is not only accepted by him but is the rule of recognition actually accepted and employed in the general operation of the system. If the truth of this presupposition were doubted, it could be established by reference to actual practice: to the way in which courts identify what is to count as law, and to the general acceptance of or acquiescence in these identifications.” (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>138</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Selbstverpflichtungslehre, wie sie von Georg Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882, Neudruck 1969, 16 ff. (insbes. 21, 23, 29 f., 33 f.); ders., *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914, Nachdruck 1959, 474 ff. (insbes. 479), vertreten wurde.

<sup>139</sup> Vgl. zur Frage, ob es möglich ist, sich (moralischen) Diskursen schlicht zu entziehen, Werner (Anm. 125), 143 f. mit Verweis auf die kritischen Positionen von Karl-Heinz Ilting, *Der Geltungsgrund moralischer Normen*, in: Wolfgang Kuhlmann/Dietrich Böhler (Hrsg.), *Kommunikation und Reflexion*, 1982, 612 ff., und Albrecht Wellmer, *Ethik und Dialog*, 1986, 104 ff., einerseits und auf Wolfgang Kuhlmann, *Zur Begründung der Diskursethik*, in: ders., *Sprachphilosophie – Hermeneutik – Ethik*, 1992, 164 (171 f.), und Habermas (Anm. 128), 109 ff., andererseits. S.a. Werner (Anm. 121), 38 ff. (insbes. 47), 48 ff.

<sup>140</sup> Es geht hier um die Leugnung des Faktums, nicht der Gültigkeit der angeblich verletzten Rechtsnorm.

(jedenfalls vermeintlich) völkerrechtswidrig verhalten hat, soll damit (von Ausnahmefällen abgesehen), anstatt ihn unmittelbar mit der Repressalie zu konfrontieren, Gelegenheit gegeben werden, dem Unrecht abzuweichen.<sup>141</sup> Dieses Verfahrenserfordernis zwingt aber den verletzten Staat zur Rüge des Völkerrechtsbruchs und bietet damit zugleich dem anderen die Gelegenheit zur Entgegnung; mithin entsteht zumindest die Basis für einen völkerrechtsimmanenten und völkerrechtsbezogenen Diskurs zwischen beiden.

Innerhalb des Völkerrechtsdiskurses ist jede Rechtsbehauptung grundsätzlich begründungsbedürftig (obgleich natürlich Normen des universellen Gewohnheitsrechts allgemein anerkannt sind und der Verweis darauf zur Begründung ausreichen kann), und eine bislang nicht bekannte Norm als gültig zu behaupten erfordert die schlüssige Rückführung auf den Tatbestand einer Rechtserzeugungsregel; denn ansonsten ist sie nicht haltbar, und zugleich verhält sich der Staat, der ihre Geltung behauptet, deshalb selbstwidersprüchlich,<sup>142</sup> weil er als Grundbedingung des Völkerrechtsdiskurses die Rechtserzeugungsregeln anerkannt hat, welche die von ihm behauptete Norm aber nicht zu tragen vermögen.

Die Vernetzung einzelner Normen mit den (schon durch den Einstieg in den Völkerrechtsdiskurs anerkannten) Rechtserzeugungsregeln erklärt, was die schlichten Konsenstheorien nicht recht plausibel machen können: nämlich dass ein einzelner Staat den Konsens über die Geltung einer bestimmten Norm des Vertrags- oder Gewohnheitsrechts<sup>143</sup> nicht einfach – genauer: nicht ohne Selbstwiderspruch innerhalb des Völkerrechtsdiskurses – aufkündigen kann. Er vermag sich nicht stückchenweise aus dem Völkerrecht zurückzuziehen – jedenfalls nicht ohne Selbstwiderspruch und damit ohne als Vertrags- oder auch nur als Diskurspartner immer unglaubwürdiger zu erscheinen. Er müsste sich schon gänzlich außerhalb des Völkerrechts stellen, sich zum „*outlaw*“ machen. Dies ist jedoch bei keinem auch noch so obsessiv völkerrechtsbrüchigen Staat erkennbar. Den Staaten liegt offenbar daran, völkerrechtlich vernetzt zu bleiben. Selbst Goldsmith und Posner erkennen immerhin den Wert der Wiener Vertragsrechtskonvention an; diese ist aber nicht isoliert zu haben, sondern – ebenso wie die sonstigen nützlichen Völkerrechtsbeziehungen – nur zu dem Preis des Eintritts in den Völkerrechtsdiskurs insgesamt.

Die Nützlichkeit des Völkerrechts, die den Staaten insofern den nötigen Impuls zur Beteiligung am völkerrechtlichen Diskurs gibt, kann dabei nicht eine *rational-choice*-Utilität sein. Denn weil das Völkerrecht dem einzelnen Staat ein „Rosinen-

---

<sup>141</sup> Doehring (Anm. 57), Rn. 1036.

<sup>142</sup> In dem – dem Diskurs immanenten – Gebot, Selbstwidersprüche zu vermeiden, mag man Bezüge zum Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben erkennen, dem im Völkerrecht tragende Bedeutung zukommt; so schreiben Alfred Verdross/Bruno Simma, Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 60, zu Recht: „Denkt man sich den Grundsatz der bona fides weg, dann bricht das ganze VR in sich zusammen.“

<sup>143</sup> Dieser Konsens muss im Falle des Vertrags von den Vertragsparteien, im Falle des universellen Gewohnheitsrechts grundsätzlich von allen Staaten, im Falle des regionalen Gewohnheitsrechts von den Staaten der Region getragen sein.

picken” nicht gestattet, sondern ihn jedenfalls mit allen Normen des universellen Gewohnheitsrechts erfasst, zwingt es ihn dazu, sich mit den anderen Völkerrechtssubjekten auseinanderzusetzen und, sei es bei Vertragsverhandlungen, sei es im Prozess der Ausbildung einer *opinio iuris* bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht, einen Diskurs über die Geltung von Normen zu führen. Koskenniemi, der hier keineswegs als Diskurstheoretiker, geschweige denn als Diskursethiker stilisiert werden soll,<sup>144</sup> meint, im Völkerrecht gehe es nicht nur um macht- und politikgefärbte Entscheidungsfindung, sondern auch und zuvörderst um die Herstellung eines öffentlichen Raums, innerhalb dessen Gruppen, deren Interessen institutionell nicht gut vertreten seien, eine Stimme erhielten. Völkerrecht ermögliche diesen Gruppen, ihre Ansprüche zu formulieren und zwar nicht als Sonderinteressen, sondern als Interessen der Weltgesellschaft (“[international] society”):<sup>145</sup> “[T]he pure form of the law invokes also my opponent, the alleged wrong-doer, as part of the universal that the legal system represents, if always only as a horizon, or a possibility – the moment before we move from the form’s indeterminacy to the substance (and the violence) of the particular decision.”<sup>146</sup> Der Sache nach erkennt Koskenniemi damit dem Rechtsdiskurs eine Universalisierungsfunktion zu. Das Völkerrecht zwingt zur Anerkennung des anderen.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Obgleich es Anklänge an die Diskursethik bei ihm gibt, s. Koskenniemi (Anm. 117), 536 f., 545 f. S.a. ders. (Anm. 122 f. und nachfolgend Anm. 145 ff.). In *From Apology to Utopia* schlägt Koskenniemi (*ibid.*, 542 ff.) vor, die Argumentationsbasis für rechtliche Entscheidungen durch soziologische und politische Analyse zu erweitern; er entwickelt das normative Ideal der “*authentic commitment*” (*ibid.*, 546 ff.) für den Völkerrechtler, der von die wahren Hintergründe rechtlicher Auseinandersetzung eher verschleiender “*legal technique*” Abstand nehmend zu einer “*normative practice*” (*ibid.*, 553) finden soll; die “*integrity*” des Völkerrechtlers sei anzusehen als “*commitment to reaching the most just solution in the particular disputes which he is faced with*” (*ibid.*, 555), also als Verpflichtung auf Einzelfallgerechtigkeit (*ibid.*, 555 ff.), auf die “*construction of contextual justice*” (*ibid.*, 557).

<sup>145</sup> Koskenniemi (Anm. 55), 253. S.a. ders. zwei Absätze zuvor: “To take seriously the ideal of such a public realm, it is necessary to defend international law beyond the instrumental reasoning emanating from the governance mindset. This involves taking seriously the ‘empty form’ of the law as something more than merely a melancholy fall-back from conflicting purposes and instead focusing on the law’s cultural meaning as a *surface* over which diverse social groups can make their claims heard as other than idiosyncratic preferences or expressions of individual interest. In invoking *law* such groups articulate their claims in *universal* terms. They thereby reconfigure the relationship between themselves and the institutions to which those claims are addressed in two important ways. One is the recognition that it involves of the position of the claimant as a (legal) subject with entitlements that belong to him or her not as a matter of good will or charity but as a matter of duty. The other is the accountability that such claims project on those in powerful positions for the decisions they make.”

<sup>146</sup> Koskenniemi (Anm. 145), 254 (Hervorhebung im Original).

<sup>147</sup> *Ibid.*, 253: “To take seriously the ideal of such a public realm, it is necessary to defend international law beyond the instrumental reasoning emanating from the governance mindset. This involves taking seriously the ‘empty form’ of the law as something more than merely a melancholy fall-back from conflicting purposes and instead focusing on the law’s cultural meaning as a *surface* over which diverse social groups can make their claims heard as other than idiosyncratic preferences or expressions of individual interest. In invoking *law* such groups articulate their claims in *universal* terms. They thereby reconfigure the relationship between themselves and the institutions to which those claims are addressed in two important ways. One is the recognition that it involves of the position of the claimant as a (legal) subject with entitlements that belong to him or her not as a matter of good will

Zu Recht weist Koskenniemi darauf hin, dass der rechtliche und der politische Diskurs verwoben sind. Der mächtige Staat kann unter Umständen hegemonial die Entwicklung auch des Völkerrechts einseitig zu seinen Gunsten beeinflussen.<sup>148</sup> Daraus folgt, dass der Rechtsdiskurs nicht herrschaftsfrei ist und eine für die Universalität seiner Ergebnisse wesentliche Bedingung eines praktischen Diskurses im Sinne der Diskursethik nicht erfüllt. Doch ist Recht träge. Ein Staat vermag das Völkerrecht nur so schnell zu ändern, wie es ihm gelingt, andere Völkerrechtssubjekte zu einem Vertragsschluss zu bewegen, und dies nur mit *inter-partes*-Wirkung. Völkergewohnheitsrecht wandelt sich – sieht man von möglichen, aber umstrittenen und gewiss zurückhaltend zu bewertenden Fällen eines “*instant customary law*” ab – dagegen nur langsam, muss doch zu einer *longa consuetudo* notwendig die *opinio iuris vel necessitatis* hinzutreten. Folglich läuft der hegemonische Staat Gefahr, dass die von ihm als vorteilhaft erachtete Rechtsregel zu einem späteren Zeitpunkt ihm entgegengehalten wird, wenn es für ihn günstiger wäre, nunmehr davon abzuweichen. Den einmal erhobenen und von anderen bestätigten, ihm günstigen Geltungsanspruch kann er nicht einfach fallen lassen. Die einmal von den anderen akzeptierte Regel gilt in einem späteren Fall auch gegen ihn. Will er sie dann nicht gelten lassen, verhält er sich selbstwidersprüchlich.

Brechen wir an dieser Stelle die – gewiss der Vertiefung und Ergänzung bedürftigen Überlegungen<sup>149</sup> – ab, so können wir doch eine zumindest vorläufige Bilanz ziehen: Aus der Innenperspektive des Völkerrechts ergibt sich dessen Anspruch auf Befolgung daraus, dass sich Staaten durch ihre Vertreter auf einen Rechtsdiskurs einlassen. Der von Goldsmith und Posner vermisste “*compliance pull*” ist darin zu sehen, dass die Teilnahme am Völkerrechtsdiskurs nicht nur punktuell, sondern über die Zeit hinweg Konsistenz und damit die Vermeidung von Selbstwidersprüchen erfordert. Der externe Impuls dazu, sich auf das Völkerrecht einzulassen, folgt aus dessen Nützlichkeit. Diese aber bildet nicht die jederzeit reversible Grundlage einer staatsindividualistisch interpretierten *rational choice*. Völkerrecht wird getragen von einem anhaltenden, weitverzweigten, in der Tendenz universalisierenden Diskurs über Rechtsfragen, aus dem man nicht jederzeit “aussteigen” kann.

---

or charity but as a matter of duty. The other is the accountability that such claims project on those in powerful positions for the decisions they make.” (Hervorhebungen im Original). S.a. Martti Koskenniemi, Legal Universalism – Between Morality and Power in a World of States, in: Sinkwan Cheng (Hrsg.), Law, Justice and Power – Between Reason and Will, 2004, 46 (60 f.).

<sup>148</sup> Martti Koskenniemi, International Law and Hegemony: A Reconfiguration, 17 Cambridge Review of International Affairs 2004, 197 ff. S.a. Habermas (Anm. 8), 140 f., 148.

<sup>149</sup> U.a. bedürfte der Erörterung, ob sich der rechtliche vom politischen Diskurs trennen lässt; Koskenniemi sieht beide verwoben (s.o. im Haupttext bei Anm. 92).

## H. Schlussbemerkung

Koskenniemi's Deutung einer Erfahrung aus der Praxis des Sicherheitsrates zeigt, dass, sobald auf diplomatischer Ebene Fragen der zwischenstaatlichen Beziehungen mit Bezugnahme auf das Recht erörtert werden, tatsächlich ein rechtlicher Diskurs eröffnet ist, der in die Gesamtheit des Völkerrechts eingebettet ist einschließlich insbesondere der fundamentalen Grundsätze der zwischenstaatlichen Beziehungen und des universellen Völkergewohnheitsrechts. Wenn Goldsmith und Posner aus der externen Beobachterperspektive die "nuts and bolts" des Völkerrechts suchten,<sup>150</sup> also dessen handfest greifbares Gerüst, so haben sie mit ihren Beobachtungsmitteln die filigraneren diskursiven Strukturen nicht wahrgenommen. Diese bilden die entscheidende, seine Geltung und Verbindlichkeit begründende und tragende "Rhetorik" des Völkerrechts.

Goldsmith und Posner geben mit ihrem Buch durchaus manchen berechtigten Anlass, über das Verhältnis von staatlichen Interessen und Völkerrecht, aber auch über die Handhabung des Völkerrechts – etwa die Sorgfaltsanforderungen an die Darlegung und Begründung von Normen des Völkergewohnheitsrechts – nachzudenken. Trotz aller Einwände gegen ihren *rational choice*-Ansatz<sup>151</sup> ist ihr aufklärerisches Grundanliegen für sich betrachtet anererkennungswürdig.<sup>152</sup> Ihr Neo-Machiavellismus aber muss entschieden zurückgewiesen werden!

---

<sup>150</sup> Goldsmith/Posner, (Anm. 2), 17. Vgl. hierzu Jon Elster, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, 1989.

<sup>151</sup> S.o. unter F.

<sup>152</sup> S. Kant, (Anm. 10, *Die Metaphysik der Sitten*), Anmerkung zu § 39, 602: "Hierauf (sc. auf das Gebot der Achtung des anderen und das Verbot des contemnere) gründet sich eine Pflicht der Achtung für den Menschen selbst im logischen Gebrauch seiner Vernunft: die Fehlritte derselben nicht unter dem Namen der Ungereimtheit, des abgeschmackten Urteils u. dg. zu rügen, sondern vielmehr voraus zu setzen, daß in demselben doch etwas Wahres sein müsse, und dieses heraus zu suchen; dabei aber auch zugleich den trüglichen Schein (das Subjektive der Bestimmungsgründe des Urteils, was durch ein Versehen für objektiv gehalten wurde) aufzudecken, und so, indem man die Möglichkeit zu irren erklärt, ihm noch die Achtung für seinen Verstand zu erhalten. Denn spricht man seinem Gegner in einem gewissen Urteile durch jene Ausdrücke allen Verstand ab, wie will man ihn dann darüber verständigen, daß er geirrt habe?"